نظام القضاء

في الشريعة الإسلامية

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

أستاذ متمرس بجامعة بغداد

أستاذ الشريعة ورئيس قسمها

بكلية الحقوق - جامعة بغداد سابقاً

أستاذ الشريعة ورئيس قسم الدين بكلية الآداب

جامعة بغداد سابقاً

أستاذ الشريعة بكلية الدراسات الإسلامية

وعميدها سابقاً

مكتبة البشائر

مؤسسة الرسالة

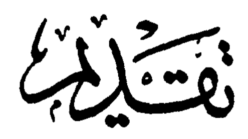
الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ - ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران

مكتبة البشائر
عمان
ص.ب ٨١١٢ - عمان - الأردن



تقديم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آلـه وصحبه أجمعين ، وبعد :

فهذا كتاب في « نظام القضاء في الشـريعة الاسلامية » حرصت أن أبين فيه معالم هذا النظام وجوانبه المهمة مستمداً هــذا البيان من كتـاب الله تعالى وسنة نبيـه محمد صلى الله عليه وسلم وما كتبه فقهـاء الشريعة في موضوع القضاء •

وقد بحثت مواضيع نظام القضاء على وجه بعيد عن الايجـاز المخل والاسهاب الممل والاحاطة بالجزئيات ••• لأن سلوك سبيل الحرص على الاحاطة بالجزئيات يسلمنا بالتأكيـد الى منهج الاطالة والأسهاب وهـــو ما لا نريده في هذا الكتاب •

والله تعالى أسأل أن يوفقني دائماً الى خدمة شريعته وبيـان معانيهـا وأنظمتهـا وأحكامهـا للناس ، وأن يجعل عملي في تأليف هـذا الكتـاب واخراجه للناس خالصاً لوجهه الكريم وأن يثيبني عليه يوم الدين ، يوم لا ينفع مال ولا بنون الا من أتى الله بقلب سـليم ، وأن ينفع بـه المسلمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آلـه وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين •

بغداد في ١١ جمادى الآخرة ١٤٠٣هـ — المؤلف

٢٥/٣/١٩٨٣م — الدكتور عبدالكريم زيدان



المقدمة

١ - الاحكام الشرعية المستفادة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ومن المصادر المعتبرة شرعاً في هذه الاحكام تكوّن بمجموعها القانون الاسلامي الذي يحكم جميع شؤون الحياة وينظم مختلف العلاقات بين الناس ، ويقرر ما للافراد وما للمجتمع من حقوق يجب احترامها ، وما عليهم من التزامات يجب أداؤها .

٢ - والمطلوب من الافراد في المجتمع الاسلامي تنفيذ هذا القانون الاسلامي والوقوف عند حدوده وعدم مخالفة أحكامه . والاصل في هذا التنفيذ أن يكون عن رضا واختيار لا عن جبر واكراه ، وهذا واضح ومفهوم بالنسبة للمسلم ، لأنه آمن بالله رباً وبالاسلام ديناً وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبياً ورسولا ، ومقتضى هذا الايمان أن يرضى بأحكام الاسلام وينفذها عن رضا واختيار . وأما بالنسبة لغير المسلم الموجود في دار الاسلام ، من ذمي أو مستأمن ، فانّ تنفيذه للقانون الاسلامي بالقدر الذي يخصه ويتعلق به ، ينبغي أن يكون أيضاً تنفيذاً اختيارياً ، لأن الذمي والمستأمن قد التزما أحكام الاسلام باختيارهما : هذا بموجب الأمان المؤقت ما دام في دار الاسلام ، وذاك بموجب عقد الذمة[١] .

٣ - وتنفيذ القانون الاسلامي والوقوف عند حدوده وعدم مخالفته واحترام الحقوق التي أثبتها للناس والقيام بما أوجبه عليهم من التزامات ،

---

(١) انظر تفصيل هذه المسالة في كتابنا احكام الذميين والمتامنين في دار الاسلام .

كل ذلك يستلزم ، بداهة ، معرفة هذا القانون ، لأن المعرفة بالشيء تسبق تنفيذه كما هو معلوم .

وقد سهّل الاسلام للناس سبل معرفة أحكامه حيث أوجب على العلماء تعليم الناس أحكام الشرع ، وأمر ولاة الامور بنشر الاسلام وبيان معانيه وأحكامه ، وايجاد العلماء والمفتين وبثهم في أنحاء البلاد للتعليم والافتاء ، وأوجب على من لا يعرف أحكام الاسلام التي تخصه أن يسأل عنها من يعرفها ، قال تعالى : « فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون » .

٤ – ومهمة العلماء والمفتين تبليغ الناس ابتداءً أحكام الاسلام واخبارهم بها اذا سألوهم عنها . وبهذا يسهل على الناس تنفيذ أحكام الاسلام ويؤمّل منهم عدم مخالفتها . فاذا لم يتحقق هذا المأمول وتلكأ الافراد في تنفيذ أحكام الاسلام ، أو لم ينفذوها ، وتجاوزوا على حقوق الآخرين ولم يحترموها ، كان لزاماً على الدولة الاسلامية أن تحملهم على الوقوف عند حدود القانون الاسلامي وعدم الاعتداء على حقوق الآخرين والا عاقبتهم بالعقوبة الشرعية التي يستحقونها . والجهة التي تقوم بذلك فتُلزم الافراد باحترام حقوق الآخرين وتعاقبهم على مخالفة أحكام الاسلام باسم الدولة الاسلامية هي جهة القضاء ، ولذلك قالوا في تعريف القضاء بأنه « اخبار عن حكم الشرع على سبيل الالزام »[٢] وهذا هو الفرق بين القضاء والافتاء ، فالمفتي يخبر عن الحكم الشرعي دون أن يلزم المستفتي أو غيره بتنفيذه وانما يترك له التنفيذ يقوم به باختياره ، أما القاضي فانه يخبر عن الحكم الشرعي ويلزم من يتعلق به هذا الحكم بتنفيذه أو يأمر القاضي من ينفذه عليه ولو جبراً .

---

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج١ ص١٢ .

٥ ـ هل القضاء ضروري للناس

ويمكن أن نسأل هنا : هل القضاء ضروري للناس ؟ أو في الاقل هل يحتاج الناس اليه ؟ والجواب : نعم بكل تأكيد ، ولذلك لم يخل مجتمع قط من جهة تقضي بين الناس على أي نحو من انحاء الحكم والقضاء ، وسبب ذلك « أن الظلم في الطباع فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم »[٣] .

٦ ـ وقد يقال ، إن الاسلام يهذب النفوس ويملأ القلوب بخشية الله ويحمل المسلم على طاعة الله وعدم مخالفة شرعه فلا يعتدي على حقوق الآخرين وانما ينصفهم من نفسه ، فهل تبقى الحاجة الى القضاء قائمة أيضاً بالنسبة للمجتمع الاسلامي ؟ والجواب : نعم بكل تأكيد ، لأن المسلم يظل غير معصوم من الوقوع في المعصية ومخالفة القانون الاسلامي مهما بلغ عمق ايمانه وصفاء اسلامه ، وان كان احتمال العصيان منه قليلا وصدور المعصية والمخالفة منه نادراً . والدليل على ذلك أن المجتمع الاسلامي في عهد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ، وهو خير المجتمعات الاسلامية على الاطلاق ، وقعت فيه مخالفات للقانون الاسلامي ، ولذلك باشر النبي صلى الله عليه وسلم القضاء بنفسه[٤] ، وولاه غيره خارج المدينة فقد بعث صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب رضي الله عنه الى اليمن قاضيا ، وبعث أيضاً معاذ بن جبل قاضياً الى اليمن ، وبعث عتاب بن أسيد قاضياً الى مكة[٥] .

---

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي ج٨ ص٣٩١ .

(٤) كتاب اقضية الرسول صلى الله عليه وسلم ، تأليف الشيخ عبدالله محمد بن فرج المالكي القرطبي، جمع مؤلف الكتاب فيه اقضية الرسول صلى الله عليه وسلم في مختلف القضايا .

(٥) المغني لابن قدامة ج٩ ص٣٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٢ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ج٢ ص١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٧ .

٧ ـ هل في الشريعة الاسلامية نظام للقضاء ؟

واذا كان القضاء مما يحتاجه الناس في كل مجتمع ، فان الشريعة الاسلامية لم تغفل عنه ، وانما شرعت الاحكام اللازمة لايجاد مؤسساته ومقوماته ، وبيّنت الشروط اللازمة فيمن يتولى سلطاته كما بينت أصول القضاء واجراءاته وضوابطه وقواعده وغير ذلك من الامور التي لها علاقة بالقضاء ، وهذه كلها تكوّن ما نسميه « نظام القضاء في الشريعة الاسلامية » •

٨ ـ منهج البحث

ونظام القضاء في الشريعة الاسلامية يقوم على جملة أركان ومرتكزات ، فهو يستلزم وجود من يقوم بحسم الخصومات وفض المنازعات ، وهذا هو القاضي ، وهو الركن الاول من أركان نظام القضاء الاسلامي •

والقاضي انما يحسم الخصومة اذا رفعها اليه أصحاب الشأن بدعوى معينة فينظر فيها وفقاً لاصول استماع الدعوى ووسائل اثباتها • فالدعوى وأصول استماعها ووسائل اثباتها هي الركن الثاني من أركان نظام القضاء الاسلامي •

والقاضي بعد أن ينظر في الدعوى يصدر حكمه فيها لحسم النزاع والخصومة ، فالحكم هو الركن الثالث من أركان نظام القضاء الاسلامي •

وحسم الخصومات بين الناس قد يكون عن طريق التحكيم أو ولاية المظالم أو الحسبة ، فالتحكيم وولاية المظالم والحسبة من مرتكزات نظام القضاء الاسلامي ومن جوانبه المهمة •

وبناء على ما تقدم فسيكون منهج البحث على أساس تخصيص باب على حدة لكل واحد من أركان ومرتكزات نظـام القضـاء في الشـريعة الاسلامية مع باب تمهيدي للتعريف بالقضاء وبيـان حكمه وحكمته على النحو التالي مع خاتمة للكتاب :

الباب التمهيدي ـ تعريف القضاء وبيان حكمه وحكمته

الباب الاول ـ القاضي .

الباب الثاني ـ الدعوى واصول استماعها ووسائل اثباتها .

الباب الثالث ـ الحـكم .

الباب الرابع ـ التحـكيم .

الباب الخامس ـ ولاية المظالم .

الباب السادس ـ الحسـبة .

الخاتمـة .

الباب التمهيدي

تعريف القضاء

وبيان حكمه وحكمته

٩ ـ تعريف القضاء في اللغة(*)

القضاء في اللغة يعني الحكم والفصل والقطع • يقال : قضى يقضي قضاءً فهو قاضٍ اذا حكم وفصل • والقاضي القاطع للامور المحكم لها ، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع • ويرد لفظ القضاء على وجوه كثيرة منها :

١ ـ الوجوب والوقوع مثل قوله تعالى : « قضي الأمر الذي فيه تستفتيان » •

٢ ـ الاتمام والاكمال ، مثل قوله تعالى : « فلما قضى موسى الأجل » وقوله تعالى : « أيَّما الأجلين قضيت » •

٣ ـ العهد والايصاء مثل قوله تعالى : « اذ قضينا الى موسى الامر »•

٤ ـ الأمر ، مثل قوله تعالى : « وقضى ربك ألاَّ تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا » •

٥ ـ الخلق والتقدير ، قال تعالى : « فقضاهن سبع سموات » •

٦ ـ العمل ، مثل قوله تعالى : « فاقضِ ما أنت قاضٍ » •

٧ ـ الاداء ، يقال : قضى الدائن دينه ، أي أدى دينه •

(*) بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروزبادي ج٢ ص٢٧٥ ـ ٢٧٩ ، لسان العرب لابن منظور ج٢ ص٤٧ ـ ٤٩ ، المعجم الوسيط ج٢ ص٧٤٩ •

١٠- تعريف القضاء في الاصطلاح الشرعي :

أما القضاء في الاصطلاح الشرعي ، فقد عرفوه بتعاريف كثيرة منها :

أ - انه فصل الخصومات والمنازعات[٦] .

ب - هو الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام[٧] .

ج - هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله[٨] .

د - هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص[٩] .

هـ - القضاء قول ملزم يصدر عن ولاية عامة[١٠] .

١١- الاختلاف في التعاريف لفظي لا حقيقي :

وهذه التعاريف للقضاء ، وان بدت وكأنها مختلفة ، الا أنها في الحقيقة متفقة لا مختلفة ، واختلافها ينصب على ما أظهره كل تعريف أو أخفاه من معاني أو مقومات القضاء ، الا أن ما أخفاه كل تعريف من مقومات القضاء تضمنه ما أظهره هو من هذه المقومات ، فالتعريف الاول مثلا أظهر عنصر الخصومات وفصلها وأخفى العناصر الاخرى التي يتضمنها معنى القضاء ، ولا شك أن الخصومات وفصلها يستلزم وجود العناصر الاخرى لمفهوم القضاء ، لأن الخصومات تستلزم وجود خصمين

---

(٦) شرح ادب القاضي للشيخ حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة ج١ ص١٢٦ ، وادب القاضي تاليف الفقيه المعروف « الخصاف » الحنفي .

(٧) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٢ ، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للحطاب ج٦ ص٨٦ .

(٨) مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني ج٤ ص٣٧٢ .

(٩) رد المحتار شرح در المختار المسمى بحاشية ابن عابدين ، تأليف الفقيه المشهور ابن عابدين الحنفي ج٥ ص٣٥٢ .

(١٠) الفتاوى الهندية في فقه الحنفية ج٣ ص٣٠٧ .

أو أكثر ، وأن الفصل بين هؤلاء الخصوم يكون بحكم الله ، أي بموجب حكم الشرع ، أي القانون الاسلامي • وهذان العنصران ـ أي وجـود خصمين فأكثـر وحـكم الله ـ ذكرهما صراحة التعريف الثالث • ثم أن الفصل في هذه الخصومات لا بد أن يكون على سبيل الالزام والا لما حصل الفصل في هذه الخصومات ، وعنصر الالزام صرح بـه التعريف الثاني وهكذا •

١٢ـ التعريف المختـار

والتعريف الذي يمكن وضعه واختياره للقضاء بمعنـاه الاصطلاحي هـو أن يقـال : « القضاء في الاصطلاح هو الحـكم بين الخصوم بالقانون الاسلامي بكيفية مخصوصة » • وأُريد بالكيفية المخصوصة : كيفية رفـع الدعوى الى القاضي ، والاسـاليب والضوابط التي يلتـزم بهـا القاضي والخصوم في اجراء التقاضي والترافع أمام القاضي ، ووسائل الاثبات للحق المدعى به ووسائل دفع الدعوى ، والتي على أساس هذه الوسائل للاثبات والدفـع للدعوى يصدر القاضي حكمـه الحاسم للنزاع وفقـاً لاحكام الشـريعة الاسلامية ، هـذه الاحكام التي تكوّن ما نسميه بـ « القانون الاسلامي » كما ذكرت ذلك في المقدمة •

١٣ـ مشروعية القضـاء

قلنـا أن القضـاء ضروري للمجتمع ، وأن أي مجتمع بلا اسـتثناء يحتاج الى القضاء سواء كان مجتمعاً اسلامياً أو غير اسلامي • ولهـذا أمر الاسلام بالقضاء ، قال تعـالى : « وأن احكم بينهم بمـا أنزل الله »[١١] • وباشره النبي صلى الله عليه وسلم بنفسه الشريفة حيث قضى في خصومات الناس ، وأرسل بعض أصحابه قضاة الى خارج المدينة المنورة كما ذكرنا

---

(١١) سورة المائدة ، الآية ٤٩ •

من قبل[١٢] ، ولهذا أجمع العلماء على مشروعية القضاء وقالوا إن القيام به من فروض الكفايات معللين ذلك بأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فيكون واجباً كفائياً كالجهاد والامامة[١٣] ٠

١٤ـ القضاء من وظائف الخلافة الشرعية

وقد قال الفقهاء ، بعد قولهم أن القضاء من فروض الكفايات ، انه من الوظائف الداخلة تحت الخلافة الشرعية لأنه منصب للفصل بين الناس في الخصومات بموجب الاحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة ولهذا كان الخلفاء في صدر الاسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء الى من سواهم ٠ وأول من دفعه الى غيره وفوضه فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فولّى أبا الدرداء معه بالمدينة ، وولى شريحاً بالبصرة ، وولى أبا موسى الاشعري في الكوفة وكتب له في ذلك كتابه المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاء ، وانما صار الخلفاء يقلدون القضاء لغيرهم ، مع أنه من وظائف الخلافة ومما يتعلق بهم ، لقيامهم بالسياسة العامة وكثرة انشغالهم بالجهاد والفتوحات وسد الثغور وحماية البيضة وادارة شؤون الدولة الأخرى ، فاستخلفوا في القضاء من يقوم به نيابة عنهم[١٤] ، فنصب القاضي ، اذن ، أمر واجب ، لأنه يقوم بواجب شرعي وهو القضاء الذي هو من وجائب الخليفة ووظائف الخلافة ولكنه لا يمكنه القيام بهذا الواجب لما ذكرناه من انشغاله بأمور مهمة أخرى فاحتاج الى نائب يقوم مقامه في أداء هذا الواجب ، وهذا النائب هو القاضي[١٥] ٠

(١٢) انظر الفقرة (٦) السابقة ٠
(١٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج٩ ص٣٤ ٠
(١٤) مقدمة ابن خلدون ص٢٢٠ ــ ٢٢١ ٠
(١٥) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣ ٠

١٥ـ فضل القضاء

واذا كان القضاء مشروعاً وهو من فروض الكفايات فلا بد أن يكون من القربات في الاسلام وذا فضل غير منكور ، بل وله فضل عظيم كما صرح الفقهاء ، اذ قالوا أن للقضاء فضلا عظيماً معللين ذلك بأن القضاء وسيلة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ونصرة المظلوم وردع الظالم عن ظلمه وايصال الحق الى أهله واصلاح بين الناس وحكم بالحق ، والله يحب من يقضي بالحق . قال تعالى : « وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين »(١٦) . والواقع أن فضل القضاء عظيم ويدل على ذلك أن المخطئ فيه مأجور كالمصيب فيه وإن تفاضلا في مقدار الأجر ما دام المخطئ يقصد الحق في قضائه ويجتهد في الوصول اليه جاء في الحديث الصحيح المتفق على صحته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، واذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »(١٧) .

١٦ـ التحذير من القضاء والهرب منه

واذا كان القضاء مشروعاً وله فضل كبير وأنه من أعظم القربات ومن فروض الكفايات ، فقد يبدو لأول وهلة أن من غير المفهوم ، ومما يدعو الى الدهشة والعجب ورود التحذير منه وفرار الفقهاء وهربهم منه . ولكن عند التأمل في هذا التحذير ، ومعرفة السبب يزول العجب ، ذلك أن القضاء بالرغم من فضله العظيم ، أن فيه خطراً عظيماً ، لما يخاف فيه على من يتولاه أن لا يبذل كل جهده المستطاع للوصول الى الحق في حكمه ، أو لا يكون أهلا لولاية القضاء ، أو لا يمكنه القضاء بالحق

---

(١٦) المغني ج٩ ص٣٤ ، والآية في سورة المائدة ، الآية ٥ .

(١٧) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان وضع محمد فؤاد عبدالباقي ج٢ ص١٩٥ .

لتدخل ذوي السلطة في شؤونه ومع هذا يستمر بمباشرة القضاء مع عجزه عن الحكم بالحق ، ومن أجل هذه الامور ونحوها كان في تولي القضاء خطر جسيم نوه به العلماء بناء على ورود الحديث الشريف بالتحذير منه ، وكان قصدهم من ذلك التنويه الذي بنوه على ما ورد في الحديث الشريف من تحذير من القضاء ، هو أن لا يتطلع الى منصب القضاء من ليس أهلا له ولا قادراً عليه ، وحتى لا يحرص عليه من هو أهل له ما دام لم يتعين عليه تولي القضاء .

ومن الاحاديث النبوية الشريفة التي تحذر من تولي القضاء وتذكر بمخاطره ، الحديث الذي رواه الامام الترمذي في جامعه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ولي القضاء أو جُعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين »[18] . ففي هذا الحديث الشريف اشارة واضحة الى ما في تولي القضاء من خطر جسيم لما يخاف فيه من هلاك دين الرجل اذا تولى القضاء وهو غير أهل له ، أو لم يحكم بالحق . وعلى هذا ينبغي أن لا يتشوف اليه المسلم ولا يحرص عليه[19] .

ولا يجوز حمل هذا الحديث الشريف على التحذير من القضاء بصورة مطلقة وبالنسبة لجميع المسلمين ، لأن القضاء من فروض الكفايات فلابد من وجوده في المجتمع كما هو الشأن في الفروض الكفائية فلا يتصور ورود التحذير منه بمعنى المنع من مباشرته وقبول ولايته بالنسبة لجميع المسلمين ، لأن هذا يكون من باب التناقض والشريعة منزهة عن التناقض . فالتحذير ، اذن ، الوارد في الحديث الشريف الذي رواه الامام الترمذي ونحوه من الاحاديث الاخرى ، موجه الى من لا يقدر على

---

(١٨) تحفة الاحوذي شرح جامع الترمذي ج٤ ص٥٠٥ .
(١٩) فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي ج٦ ص٣٨ .

النهوض بمسؤولية القضاء وأن لا يتقدم الى طلبه ، وأن لا يقبله اذا عرض عليه ، كما أن التحذير موجه أيضاً الى من يعرض عليه منصب القضاء وهو أهل لـه أن يفحص مدى قدرتـه على النهوض بمتطلبـات القضـاء وواجباته فيقدم أو يحجم في ضوء هذا الفحص ، والاحجام دائمـاً أفضل اذا لم يتعين عليه قبول القضاء بأن وجد غيره من هو كفوء لتولي القضاء .

١٧ ـ أما هرب بعض العلماء من منصب القضاء لما عرض عليهم[٢٠] فهذا لا يدل على أن القضاء بذاته غير مشروع ، وأن الفرار منـــه ومن قبول ولايته هو المطلوب دائمـاً مـن المسلم ، فقد بينّـا دلالـة الاحاديث الشريفة من التحذير منه ، وانما يدل هرب بعض العلماء من القضاء على تخوفهم من تولي القضاء لعدم وثوقهم بقدرتهم عليه أو لرغبتهم في السلامة من التعرض لمخـاطر القضـاء بالرغم من علمهم وورعهم ، ولا شك أنّ للمسلم أن يحتاط لنفسه ويطلب السلامة لها فلا يقبل ولاية القضاء وان كان أهلا لها ما دام لم يتعين عليه قبول هذه الولاية .

١٨ـ طلب ولايـة القضـاء

واذا كان القضاء مشروعاً ومن فروض الكفايات وله فضل عظيم وأن التحذير منه لا يعني تركه مطلقاً ، فهل يجوز للمسلم أن يطلب ولايـــة القضاء لنفسه اذا كان أهلا لهذه الولاية ؟ والجواب على ذلك : لا ينبغي للمسلم أن يطلب ذلك لأن الاصل العام في تولي الوظائف العامـة في دار الاسلام هـو المنـع ، يدل على ذلـك الحديث الشريف عن أبي موسى الاشعري رضي الله عنه أنه قال : « دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم

(٢٠) قال ابن قدامة في المغني : اريد ابو قلابة على قضاء البصرة فهرب الى اليمامة : المغني ج٩ ص٣٥ . وجاء في بدائع الكاساني ، ان الامام ابا حنيفة رحمه الله تعالى رفض تولى القضاء لما عرض عليه حتى ضرب على ذلك : بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٤ .

أنا ورجلان من بني عمي ، فقال أحدهما ، يا رسول الله أمّرْنا على بعض ما ولاك الله تعالى ، وقال الآخر مثل ذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إنا والله لا نولي هذا العمل أحداً سأله أو أحداً حرص عليه »[٢١] . ولا شك أن منصب القضاء يندرج في مضمون هذا الحديث الشريف لأنه من جملة أعمال الدولة ووظائفها العامة . وبالنسبة لوظيفة القضاء بالذات ورد الحديث الشريف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من طلب القضاء واستعان عليه وكّل اليه ، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله مَلَكاً يسدده »[٢٢] . وهذا الحديث واضح الدلالة في المنع من طلب القضاء ، لأن من يطلبه يفقد تسديد الملك له ، وما فقد هذا التسديد الا لصدور شيء منه لا يحمد عليه وهو طلبه القضاء . ففي الحديث الشريف تحريض وحث على الامتناع من طلب ولاية القضاء ، اضافة الى المنع العام من طلب وظائف الدولة كما ذكرنا .

١٩ـ مراتب طلب القضاء

ومع أن الاصل العام في طلب ولاية القضاء هو المنع ، الا أن هذا المنع ليس واحداً بالنسبة لكل الطالبين ، فقد يكون بدرجة التحريم أو بدرجة الكراهة . وقد يزول هذا المنع لسبب طارىء فيصير الطلب مباحاً ، بل وقد يصير مندوباً أو واجباً لتعلق مصلحة عامة به أو لمعنى معين يقتضي الندب . وعلى هذا يمكن تقسيم حكم طلب القضاء ومراتبه على النحو التالي[٢٣] :

---

(٢١) اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والنسائي ، انظر تيسير الوصول الى احاديث الرسول لابن الديبع الشيباني ج٢ ص٣٨ .

(٢٢) عون المعبود شرح سنن ابي داود للعلامة ابي الطيب محمد شمس الحق للعظيم آبادي ج٩ ص٢٩٤ .

(٢٣) المغني لابن قدامة ج٩ ص٣٥ ـ ٣٦ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج١ ص١٦ ، رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٣٦٨ ، بدائع =

أولا ـ التحريم : وهذا بالنسبة للجاهل بأمور القضاء ، وبالنسبة للعالم بالقضاء ولكن يطلبه ليعين الظلمة ويقضي لهم بما يشتهون ، أو ليأكل أموال الناس بالباطل •

ثانياً ـ الكراهة : وهذا بالنسبة لمن يصلح للقضاء ولكن غيره أصلح منه • وبالنسبة أيضاً لمن كان غنياً لا يحتاج الى رزق القضاء لسد حاجته ويوجد من هو مثله في الاهلية والصلاحية لوظيفة القضاء •

ثالثاً الاباحة : وهذا بالنسبة لمن قصد بطلبه القضاء دفع الأذى عن نفسه وكان صالحاً لتولي القضاء • وبالنسبة للفقير صاحب العيال وهو بحاجة الى الكسب لسد حاجته وحاجتهم ، فيباح له طلب تولي ولاية القضاء ما دام أهلا لهذه الولاية وقادراً على القيام بوجائبها •

رابعاً ـ الندب : وهذا بالنسبة لمن لا يتعين عليه تولي القضاء ولكنه يعلم أن توليه منصب القضاء أنفع للمسلمين من غيره لكونه أصلح له وأقدر عليه من غيره •

خامساً الوجوب : وهذا بالنسبة لمن تعين عليه تولي القضاء ووجب عليه تقلده لأنه وحده الصالح له القادر عليه • فيجب عليه ، كما يقول الفقيه ابن فرحون المالكي : « السعي في طلبه وتحصيله لتعين القيام بهذا الفرض عليه »[٢٤] •

= الصنائع للكاساني ج٧ ص٤٠٣ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج٦ ص١٠٠ ـ ١٠٣ •

(٢٤) ويقول الفقيه علاءالدين السمرقندي بالنسبة لمن تعين للقضاء لعدم وجود من يصلح له غيره ، « ولكن لا ينبغي أن يطلب لانه ربما لا يقلد فيذهب ماؤه وحرمة علمه » تحفة الفقهاء للسمرقندي ج٣ ص٦٢٦ •

٢٠ـ حكم قبول منصب القضاء(٢٥) •

قلنا أن القضاء من فروض الكفايات وأن الاصل العام في طلب توليه المنع ، وبينّا مراتب الطلب من جهة التحريم وعدمه ولكن ما حكم قبول منصب القضاء بالنسبة للمسلم اذا عرض عليه هذا المنصب ؟ الجواب : أن حكم القبول هذا يختلف باختلاف حال المسلم والظروف المحيطة بـه وما يتعلق بقبوله أو يترتب عليه من مصلحة أو مفسدة ، على النحو التالي :

أولا ـ الوجوب : وهذا بالنسبة لمن تعين عليه القيام بالقضاء وتولي منصبه ، نظراً لعدم وجود من يصلح للقضاء غيره •

ثانياً ـ الندب : وهذا بالنسبة لمن يترتب على قبوله منصب القضاء تحقيق مصلحة عامة ونفع عام للمسلمين لكونه أقدر على مسؤوليات القضاء من غيره وأثبت من غيره على متطلباته وأصلح له من غيره علماً وورعاً • وأرى أن الندب هنا يتأكد ، بل ويصل الى ما يقرب من درجة الوجوب ، لأن الشريعة الاسلامية تحرص على تحقق النفع العام ، ولكن لعدم تعين قبول القضاء بالنسبة لمن ذكرنا لوجود من هو صالح للقضاء ، قال أهل العلم بأن القبول مندوب هنا • ولكن هذا لا يمنع من القول بتأكد الندب واقترابه من درجة الوجوب لما يترتب على هذا القبول من مصلحة عامة ونفع عام •

ثالثاً ـ الحرمة : وهذا بالنسبة لمن علم من نفسه العجز عنه أو عدم الانصاف فيه بالرغم من معرفته بالقضاء ، لما يعلم من نفسه الضعف الذي يؤدي به الى اتباع الهوى أو مداهنة السلطان أو عدم القدرة على مقاومته •

---

(٢٥) المغني لابن قدامة ج٩ ص٣٥ ـ ٣٦ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٠٦ •

رابعاً ـ الكراهة : وهذا بالنسبة لمن كان صالحاً للقضاء ولكن هناك من هو أصلح منه له ، ويمكن تولية هذا الأصلح اذا هو لم يقبل ولاية القضاء .

خامساً ـ الاباحة : اذا كان هو وغيره سواء في الصلاحية للقضاء ولا يوجد في واحد منهم ما يرجح قبوله .

٢١ـ حكمة القضاء

أما حكمة مشروعية القضاء ، فقد أشرنا الى بعضها عند كلامنا عن فضل القضاء ، ولا بئس من ذكر كلمة الفقيه ابن فرحون المالكي التي نقلها عن بعض الفقهاء في موضوع حكمة القضاء ، قال رحمه الله : « وأما حكمته فرفع التهارج ورد النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والامر بالمعروف والنهي عن المنكر . قاله ابن رشد وغيره »[٢٦] .

٢٢ـ كيف تتحقق حكمة القضاء

وحكمة القضاء التي ذكرناها يمكن تحقيقها بتوافر ما يأتي :

أولا ـ القاضي الصالح لمنصب القضاء القادر على القيام بمسؤولياته ، وهو الذي تتوفر فيه شروط القاضي التي سنذكرها فيما بعد .

ثانياً ـ الحكم بالعدل : وهذا يستلزم حرص القاضي على الحكم بالعدل وقصده له وارادته اياه وعزمه عليه واصداره له بالفعل . وأن يكون نظر القاضي في الدعوى من حين رفعها اليه الى حين صدور الحكم فيها وفقاً لقواعد الترافع ووسائل الاثبات الشرعية التي سنذكرها فيما بعد .

(٢٦) التبصرة لابن فرحون ج١ ص١٣ .

ثالثاً ـ استقلال القاضي : بمعنى أن يكون القاضي بعيداً عن تدخل أصحاب النفوذ والسلطان في شؤون عمله حتى يتمكن من اصدار حكمه العادل وفقاً لاجتهاده وبناء على البينات المقدمة اليه •

رابعاً ـ اظهار المساندة للقاضي قولا وفعلا من قبل رئيس الدولة والحكومة ، والاعلان عن معاقبة كل من يحاول التأثير عليه بأي شكل كان ومن قبل أي شخص كان ومهما كان مركزه ونفوذه في الدولة • إن هذا الاعلان من الحكومة ومن رئيس الدولة والجدية في تنفيذه يعطي القضاء والقضاة هيبة واحتراماً ويشعر القاضي بحماية الدولة له ، فيصمد أمام أي نفوذ فلا يتأثر به لأن الدولة أقوى من أي فرد وليس أي فرد بأقوى من الدولة ، فيمضي القاضي قدماً في عمله الشريف متوخياً الحق والعدل حسب اجتهاده دون تلفت الى أحد أو خوف من أحد وانما يراقب الله وحده ويخافه وحده ، فيطمئن الناس الى حكمه ولا يطمع ظالم في حيفه ولا يخشى صاحب حق من ضياع حقه بسبب ظلم القاضي وميله الى خصمه المبطل •

خامساً ـ أن يكون القاضي تحت رقابة الامام المشروعة أو تحت رقابة من يخوله مثل قاضي القضاة ، على أن تكون هذه الرقابة على الوجه المشروع حتى لا تسلب هذه الرقابة حق القاضي في الاستقلال في اصدار الاحكام وفقاً لاجتهاده ، وعلى أن تكون هذه الرقابة جدية يشعر القاضي بجديتها فتدفعه الى المزيد من الاهتمام بعمله والحرص على اجادته • وعلى أن لا يكتفي الامام بالرقابة الجدية وانما عليه أن يقدم هو أو من يخوله الارشادات والتوجيهات التي يراها ضرورية في ضوء ما يحس به ويتكشف له في أثناء مراقبته للقاضي أو في ضوء ما يرفع له من معلومات حول عمل القضاة في الدولة •

الباب الأول

القاضي

٢٣- تمهيد ومنهج البحث

وظيفة القضاء من وظائف الدولة العامة التي يتعلق بها النفع العام فلا بد أن تناط بالكفوء الصالح لها القادر عليها حتى تؤدي هذه الوظيفة الغرض من وجودها وهو قطع الخصومات وردع الظالم ونصرة المظلوم وايصال الحق الى أهله .. والصالح للقضاء يعرف بتوافر شروط معينة فيه ، فما هي هذه الشروط ؟ ومن الذي يعينه في هذه الوظيفة ؟ وما هي اجراءات التعيين ؟ وما نطاق ولايته القضائية ؟ ومن هم أعوانه في عمله القضائي ؟ وما هو النمط المطلوب للقاضي من حيث السيرة والسلوك ؟ وهل يستحق على عمله أجراً من بيت المال ؟ وما علاقته بالدولة بعد أن قلدته وظيفة القضاء ؟ وما مدى مسؤوليته عن عمله القضائي واصدار الاحكام ؟ وكيف تنتهي ولايته ؟

ان الوفاء بالاجابة على هذه الاسئلة المتعلقة بالقاضي على نحو متسلسل واضح غير مشوش يقتضينا تقسيم هذا الباب الى جملة فصول على النحو التالي :

الفصل الاول ـ شروط القاضي .
الفصل الثاني ـ الجهة التي تعين القاضي .
الفصل الثالث ـ اجراءات التعيين .
الفصل الرابع ـ ولاية القاضي .
الفصل الخامس ـ اعوان القاضي .
الفصل السادس ـ سلوك القاضي ورزقه .
الفصل السابع ـ علاقة القاضي بالدولة .
الفصل الثامن ـ مسؤولية القاضي .
الفصل التاسع ـ انتهاء ولاية القاضي .

الفَصْلُ الأوَّلُ

شروط القاضي

٢٤ـ تمهيد وتعداد الشروط

قال الفقهاء : يشترط فيمن يولى القضاء أن يكون بالغاً عاقلا حراً مسلماً عدلا مجتهداً ذكراً سليم الحواس ، مع شروط أخرى ذكروها . والواقع أن هذه الشروط ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء ، ففي بعضها شيء من الاختلاف سنشير اليه عند شرحنا لهذه الشروط .

٢٥ـ اولاً ـ شروط البلوغ والعقل والحرية(*)

أن وظيفة القضاء تحتاج الى العقل الناضج المدرك ، ولا يتأتى هذا قبل البلوغ ، وينعدم قطعاً مع الجنون ، فمن البديهي ، اذن ، اشتراط البلوغ والعقل ، بل أن بعض الفقهاء لم يكتف بمجرد العقل الذي يتعلق به التكليف ، بل قال هذا البعض من الفقهاء ينبغي أن يكون من يتولى وظيفة القضاء « صحيح الفكر جيد الفطنة ، بعيداً عن السهو ، والغفلة ، يتوصل بذكائه الى وضوح المشكل وحل المعضل »(٢٧) .

أما اشتراط الحرية فلأن القضاء من باب الولايات ، وليس للعبد أهلية لأدنى الولايات فلأن لا يكون أهلا لولاية القضاء ، وهي أعلى من غيرها ، أولى .

(*) مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٥ ، بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٤ ، مواهب الجليل للحطاب ج٦ ص٨٧ .

(٢٧) مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٥ .

٢٦ـ ثانيا ـ شرط الاسلام(٢٨)

أما اشتراط الاسلام فمرده أن القضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم ، قال تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » • ثم إن القاضي يطبق أحكام الشريعة الاسلامية ، وهي دين ، وتطبيق الدين يحتاج الى ايمان به من قبل من يطبقه ، وخوف من الله يمنعه من الحيدة عن التطبيق السليم لاحكامه ، ولا يتأتى ذلك من غير المسلم الذي لا يؤمن بهذا الدين ، الاسلام ، بل ربما حمله كفره بالاسلام على تعمد مخالفة أحكامه أو العبث بها • ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الاسلام فيمن يتولى القضاء على المسلمين •

٢٧ ـ أما تولية القضاء لغير المسلم على غير المسلمين ، فقد منعها ولم يجزها جمهور الفقهاء لأن شرط الاسلام ، عندهم ، شرط ضروري لا بد منه فيمن يولى القضاء سواء كان قضاؤه على المسلمين أو على غير المسلمين(٢٩) •

٢٨ ـ وذهب الحنفية الى جواز تقليد الذمي ـ وهو غير مسلم ـ القضاء على أهل الذمة ، وعللوا ذلك بأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، والذمي من أهل الشهادة على الذميين فهو ، اذن ، أهل لتولي القضاء عليهم ، وكونه قاضياً خاصاً بهم لا يقدح في ولايته ولا يضر ، كما لا يضر تخصيص القاضي المسلم بالقضاء بين أفراد جماعة معينة من المسلمين(٣٠) •

---

(٢٨) بدائع الصنائع ج٧ ص٢ ، بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص٣٨٣ ، المحلى لابن حزم ج٩ ص٣٦٣ ، الحطاب ج٦ ص٨٧ ، كشاف القناع ج٤ ص١٧٣ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٥ •

(٢٩) كتابنا احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٥٩٦ •

(٣٠) فتح القدير لابن الهمام ج٥ ص٤٩٩ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٩٧ ، رد المحتار لابن عابدين ج٤ ص٤١٤ ـ ٤١٥ ، ٤٨٢ •

٢٩ ـ والراجح هو قول الجمهور ، فلا يجوز أن يتولى سلطة القضاء في دار الاسلام الا المسلم ، سواء كان قضاؤه على المسلمين أو على غير المسلمين ، لأن القانون الواجب التطبيق في دار الاسلام هو القانون الاسلامي ، وهو دين ، كما قلنا ، ولا يصلح لتطبيقه الا المؤمن به وهو المسلم . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان دار الاسلام تقوم على أساس مبدأ وحدة القانون ووحدة جهة القضاء ، والقانون الواجب التطبيق الذي تطبقه جميع محاكم دار الاسلام هو القانون الاسلامي ، فاذا أجزنا لغير المسلم أن يتولى القضاء فبأي قانون يحكم ؟ اذا قلنا يحكم بقانون ديانته بالنسبة لغير المسلمين كنا بهذا القول قد خرجنا على مبدأ وحدة القانون في دار الاسلام وخرجنا أيضاً على وحدة القضاء اذ تتعدد جهات القضاء فتكون بعضها للمسلمين وبعضها لغير المسلمين . واذا قيل إنّ الذمي يحكم بالقانون الاسلامي قلنا إنّ الذمي لا يصلح لهذا التطبيق لأنه يكفر بالاسلام ولا يؤمن به ديناً ، وكفره هذا قد يحمله على مخالفته .

٣٠ـ اعتراض ودفعه

وقد يقال إن مراعاة أهل الذمة فيما يعتقدونه من أمور دياناتهم كالنكاح ، هذه المراعاة تقتضي أن يتولوا القضاء فيما بينهم فتعين الدولة قاضياً منهم ليقضي في قضاياهم لا سيما وأن القاعدة الفقهية تقول : « امرنا بتركهم وما يدينون » وهي قاعدة أخذ بها الفقهاء . والجواب : أن مراعاة أهل الذمة في أمور مناكحاتهم وما يعتقدونه من أمور دياناتهم مكفولة في الشريعة الاسلامية في ضوء ما يدينون به والى الحد الذي تراه الشريعة الاسلامية جديراً بالرعاية . ولكن لا تستلزم هذه الرعاية تولية القضاء لغير المسلم ولو كان قضاؤه على أهل ملته لما قلناه سابقاً . وأما قاعدة « امرنا أن نتركهم وما يدينون » فهي لا تقتضي توليتهم القضاء ولا تعني

هذا المعنى وانما تعني عدم التعرض لعقيدتهم وما يدينون به وعدم اكراههم على اعتناق دين الاسلام •

٣١ ـ ويلاحظ هنا أن مراعاة الشريعة الاسلامية لما يعتبرونه من امور دياناتهم كالنكاح لا يعني أن الشريعة الاسلامية تأمر القاضي المسلم بالرجوع الى أحكام دياناتهم عن طريق الاحالة الى دياناتهم ، وانما قررت الشريعة الاسلامية لهم أحكاماً موضوعية يطبقها القاضي المسلم باعتبارها جزءاً من القانون الاسلامي واستمدها منه مباشرة ولا يطبقها باعتبارها جزءاً من قانون دياناتهم(٣١) •

٣٢ ـ هذا ، ويبدو أن قول الحنفية في جواز تقليد الذمي القضاء على الذميين هو ، في الواقع ، تقليد رياسة وزعامة وليس تقليد ولاية قضاء • وقد أشار الى هذا المعنى الفقيه المعروف الامام الماوردي اذ قال : « وقال أبو حنيفة يجوز تقليده ـ أي تقليد الذمي ـ القضاء بين أهل دينه • وهذا وان كان عرف الولاة بتقليده جارياً ، فهو تقليد زعامة ورياسة وليس تقليد حكم وقضاء ، وانما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم ، ولا يقبل الامام قوله فيما حكم به بينهم ، واذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنفذ »(٣٢) •

٣٣ ـ ثالثا ـ شرط العدالة(٣٣)

العدالة شرط لمن يتولى القضاء ، وهي عند الفقهاء الامتناع عن الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر والترفع عما يقدح في المروءة • ولذلك

---

(٣١) احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٥٢٦ وما بعدها •
(٣٢) الاحكام السلطانية للماوردي ص٦٢ •
(٣٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج٩ ص٤٠ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص٦٣٥ بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص٣ •

لا يولى القضاء فاقد العدالة ، أي الفاسق ، ويستدل على ذلك بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون القاضي ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه • وأيضاً فان الفاسق لا يصلح أن يكون شاهداً فمن الاولى أن لا يكون قاضياً •

وقال فقهاء الحنفية ، العدالة ليست شرطاً لتولي القضاء ، وانما هي شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق القضاء وتنفذ أحكامه اذا لم يجاوز فيها حدود الشرع •

٣٤ـ رابعاً ـ شرط الاجتهاد

واشترطوا في القاضي أن يكون مجتهداً ، وبهذا قال الامام مالك والشافعي والحنابله ، وحجتهم أن القضاء آكد من الافتاء ، لأنه افتاء والزام ،والمفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً ، فالقاضي أولى أن لا يكون مقلداً • واحتجوا أيضاً بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وما أنزل الله يعرفه العالم المجتهد لا المقلد(٣٤) •

٣٥ ـ وقال فقهاء الحنفية الاجتهاد ليس شرطاً لتولي القضاء لأنه يمكن للقاضي غير المجتهد أن يقضي بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء ، ولأن الغرض من القضاء فصل الخصومات فاذا أمكن ذلك بالتقليد جاز ، وهو ممكن بالرجوع الى فتاوى العلماء وأقوالهم(٣٥) •

٣٦ ـ وقال بعض العلماء يجوز تقليد القضاء للمقلد عند الضرورة

---

(٣٤) المغني لابن قدامة ج٩ ص٤٠ ـ ٤١ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج٨ ص٢٢٦ •
(٣٥) البدائع للكاساني ج٧ ص٣ ، والمغني ج٩ ص٤١ •

فيقضي بفتوى غيره الذي قلده أو بالمشهور من مذهبه[٣٦] ولكن اذا وجد المجتهد فلا يجوز تولية المقلد لأنه لا ضرورة لتوليته مع وجود المجتهد •
وهذا القول هو الذي نرجحه •

٣٧ـ خامساً ـ شرط الذكورة

والذكورة شرط عند جمهور الفقهاء فلا يجوز عندهم تقليد المرأة القضاء ، وحجتهم الحديث النبوي الشريف : « ما أفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة » وبأن المرأة لا تصلح للامامة العظمى أي رئاسة الدولة ولا الولاية على البلدان ، ولهذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه الراشدين من بعده أنهم ولّوا امرأة قضاءً ولا ولاية بلد ، ولو جاز ذلك لوقع مرة واحدة ولم يخلُ منه جميع البلدان غالباً • وأيضاً فان القاضي يحتاج الى مخالطة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم ، والمرأة في الاصل ممنوعة من مخالطة الرجال لما يخاف عليها من الفتنة بسبب هذه المخالطة التي لا ضرورة لها[٣٧] •

٣٨ ـ وقال فقهاء الحنفية يجوز أن تكون المرأة قاضية في غير الحدود والقصاص لأنه لا شهادة لها في هذه الجنايات ولها شهادة في غيرها ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة[٣٨] •

٣٩ ـ وذهب الامام ابن جرير الطبري الى أن الذكورة ليست شرطاً لتولي القضاء لأن القضاء كالافتاء ، والافتاء لا يشترط له شرط

---

(٣٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٢٤ ـ ٢٥ •
(٣٧) المغني ج٩ ص٣٩ ـ ٤٠ ، المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية ج١٨ ص٣٦٣ •
(٣٨) البدائع للكاساني ج٧ ص٤ ، فتح القدير ج٥ ص٤٥٤ ، روضة القضاة ج١ ص٥٣ •

الذكورة فكذا القضاء ، وعلى هـذا يجوز للمرأة أن تكون قاضية في الاموال وغيرها أي في جميع الامور والقضايا بلا استثناء ، كما جاز لها أن تكون مفتية في جميع الامور ، في الاموال وغيرها • وبهذا القول قال فقهاء المذهب الظاهري ، فقد جاء في المحلى لابن حزم الظاهري « وجاز أن تلي المرأة الحكم ، وهو قول أبي حنيفة • وقد روي أن عمر بن الخطاب أنه ولـّى الشفاء ـ امرأة من قومه ـ السوق • فان قيل قد قال صلى الله عليه وسلم : « لن يفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة » قلنا انما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم في الامر العام الذي هو الخلافة ، ولم يأت نص في منعها أن تلي بعض الامور »[٣٩] •

٤٠ـ سادساً ـ شرط سلامة الحواس

واشترطوا في القاضي سلامة الحواس ، فقالوا يجب أن يكون متكلماً سميعاً بصيراً ، لأن الاخرس لا يمكنه النطق ولا يفهم جميع الناس اشارته ، والاصم لا يسمع قول الخصمين ، والاعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه • وقال بعض الشافعية يجوز أن يكون القاضي أعمى ، ولهم في الاخرس الذي تُفهم اشارته قولان[٤٠] •

وقال المالكية لو وُلـّيَ الاعمى والاصم القضاء وأصدروا أحكاماً ، فان أحكامهم هذه تنفذ ولكن يجب عزلهم[٤١] • ومعنى ذلك أن المالكية يشترطون سلامة الحواس في القاضي ، ولكن لو خولف هذا الشرط وعُيِّن الاعمى ونحوه وباشر القضاء فان المالكية ، كما يبدو ، رعاية لمصالح

---

(٣٩) المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٢٩ ـ ٤٣٠ ، بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ٣٨٤ •

(٤٠) المغني ج٩ ص٤١ ، نهاية المحتاج ج٨ ص٢٢٦ •

(٤١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج٦ ص٩٩ •

الناس ، واستقراراً للامور ، وحرمة للقضاء ، قالوا بنفاذ أحكامهم حتى لا يتحمل الناس أخطاء من بيدهم سلطة تعيين القضاة ، الا أن هذه المراعاة لا تعني جواز استمرار بقاء القاضي في ولايته بالرغم من فوات شرط سلامة الحواس فيه •

٤١ـ سابعا ـ شروط اخرى

وقال الفقهاء ينبغي أن يكون القاضي قوياً من غير عنف ، ليناً من غير ضعف لا يطمع القوي في باطله ، ولا ييأس الضعيف من عدله ، ذا فطنة وتيقظ ، لا يؤتى من غفلة ، ولا يخدع لغرة ، عفيفاً ورعاً ، بصيراً ، بعيداً عن الطمع •• الى آخر ما قالوه[٤٢] • ولا شك أن هذه الشروط مرغوب فيها ، بل ولازمة للقاضي ، وعلى الجهة التي تعين القضاة وتختارهم أن تلاحظ هذه الصفات فيمن يراد تعيينهم للقضاء وأن تجعل هذه الصفات اذا عرفوها مرجحات في الاختيار عند التزاحم والتساوي في الشروط الاولى التي ذكرناها ، فيمن يراد تعيينهم للقضاء •

---

(٤٢) المغني ج٩ ص٢١ •

الفصل الثاني

الجهة التي تعين القاضي

٤٢ـ تمهيد

لا يستطيع كل شخص أن يباشر القضاء بمحض رغبته وينصب نفسه قاضياً يحكم بين الناس حتى ولو كان مستجمعاً لشروط ولاية القضاء ، لأن القاضي يقوم بوظيفة القضاء التي هي من وظائف الخلافة كما قلنا ، فهو نائب عن الخليفة في عمله القضائي ، وهذا يعني أن وظيفة القضاء من وظائف الدولة ، فلا بد أن يتولاها الشخص بتعيين ممن يملك سلطة التعيين باسم الدولة ، وهذا هو الخليفة أو من يخوله سلطة التعيين نيابة عنه • واذا كان الخليفة أو من يخوله سلطة تعيين القضاة ، هو الجهة المختصة ذات الولاية في تعيين القضاة ، فقد يطرأ شيء جديد يؤثر في ولاية هذه الجهة في تعيين القضاة ، كما لو تغلب أحدهم على اقليم من أقاليم دار الاسلام واستقل به عن سلطان الخلافة ، فهل يملك هذا المتغلب ولاية تقليد القضاء ؟ وهل يجوز تلقي هذا التقليد منه ؟ ثم قد يتغلب سلطان كافر على دار الاسلام أو على اقليم منها ، فهل يجوز للمسلم أن يتقلد القضاء منه فيرضى بتعيينه ؟ وهل يجوز لأهل الرأي والعلم أن يختاروا من بينهم قاضياً يقضي في أمورهم ويرفضون تعيين المتغلب الكافر لمن يختاره للقضاء ؟ هذه الامور وغيرها ، هي التي نتناولها في هذا الفصل ، مبتدأين بالخليفة ، اذ هو في الاصل ، الجهة التي تملك تعيين القضاة •

٤٣ـ اولا ـ الخليفة

الاصل أن الخليفة ، أو السلطان ، أي رئيس الدولة ، هو الذي يعين القاضي لأن القضاء في الاصل من واجبات الخليفة ، كما ذكرنا من

قبل ، ولكن لانشغاله بأمور الدولة العامة جاز له أن ينيب غيره في مهمة القضاء ، وهذا النائب هو القاضي • فالقاضي اذن يعينه الخليفة ولا يجوز له أن يترك منصب القضاء شاغراً ، لأن تعيين القضاة من واجبات الخليفة بعد أن تعذر عليه القيام بوظيفة القضاء بنفسه كما قلنا(٤٣) •

٤٤ ـ ولكن هل يشترط في السلطان ـ رئيس الدولة ـ أن يكون عادلا لا جائراً حتى يجوز للمسلم العدل أن يتقلد القضاء منه ؟ قال الفقهاء ليس عدل السلطان شرطاً لجواز تقلد القضاء منه ، واستدلوا بأن فقهاء التابعين ، على علمهم وعدالتهم ، تقلدوا القضاء من الحجاج بن يوسف الثقفي ، وكان أميراً ونائباً عن الخليفة في تعيين القضاة ، مع ما كان في الحجاج من جور وظلم • ولكن يشترط لجواز تقلد القضاء من السلطان الجائر أو نائبه الجائر تمكن القاضي من الحكم والقضاء بالحق ، فاذا لم يستطع ذلك لتدخل السلطان الجائر بشؤون القضاء فلا يجوز تقلد القضاء منه لأن مقصود ولاية القضاء لا يحصل(٤٤) •

٤٥ـ ثانيا ـ نائب الخليفة

يجوز للخليفة أن يختار شخصاً ويفوض اليه اختيار القضاة وتعيينهم، ولكن لا يجوز لهذا المختار أن يختار نفسه للقضاء ويعين نفسه لمنصبه ، كما لا يجوز له أن يختار ويعين والده أو ولده بوظيفة القضاء ، وعللوا ذلك بأن هذا هو مقتضى القياس على وكالته في الصدقة بمال وأنه لا يجوز له أخذ هذه الصدقة لنفسه ولا دفعها الى والده أو ولده • ولكن يمكن أن

(٤٣) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٣٧ ، الحطاب ج٦ ص٩٩ ، المجموع ج١٨ ص٧٦٣ •

(٤٤) شرح ادب القاضي لابن مازة ج١ ص١٢٩ ـ ١٣٠ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٠٧ ، ابن فرحون ج١ ص٢١ •

يقال إن والده وولده داخلان في عموم التفويض ، فله ان يقلدهما القضاء ان كانا أهلا لذلك[٤٥] .

٤٦ـ ثالثا ـ الامير الباغي او الامير المتغلب

قد ينفصل بلد عن سلطة الخليفة بأن يتغلب على هذا البلد شخص وينصب نفسه أميراً عليه على وجه الخروج والبغي على سلطة الخليفة الشرعية ، فهل يجوز للمسلم العدل أن يتقلد القضاء من هذا الامير الباغي المتغلب الخارج عن سلطان الخليفة العدل ؟ وهل يصبح هذا المتغلب ذا ولاية شرعية في تعيين القضاة ؟ ذهب الفقهاء الى جواز تقلد القضاء منه بالرغم من بغيه وعدوانه على سلطة الخليفة الشرعي ، ومعنى قولهم هذا أنهم يعترفون بالسلطة الفعلية والولاية الفعلية لهذا الامير الباغي على تعيين القضاة ، الا أن هذا لا يعني الجواز الشرعي للبغي على الخليفة أو الاستقلال عنه أو فصل بعض الاقاليم عن سلطانه . والحكمة في الجواز الذي ذهب اليه الفقهاء هي رعاية مصالح المسلمين بارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما ، لأن المسلم العدل اذا امتنع عن تولي القضاء من قبل الامير الباغي تولاه الجائر الفاسق وفي هذا ضرر بالمسلمين ، ولهذا قال بعض السلف : ان لم يقض لهم خيارهم قضى لهم أشرارهم .

وهذا قول صحيح لأن المسلم العدل اذا لم يقبل تقلد القضاء من الامير الباغي فان هذا الامير يعين الجاهل والفاسق في منصب القضاء وفي هذا ضرر واضح ، أما اذا تولى القضاء المسلم الصالح للقضاء فانه يمكن تحقيق أكبر قدر ممكن من المصلحة وحفظ الحقوق للمسلمين .

---

(٤٥) المغني ج٩ ص١٠٦ .

ويلاحظ هنا أن الجواز الذي ذكرناه وبيّنّا علته مشروط بتمكن القاضي من الحكم بالعدل وبالحق ، أما اذا تعذر عليه ذلك لتدخل الامير الباغي في شؤونه فانه لا يجوز تقلد القضاء منه ، واذا تقلده ظاناً بأنه سيتمتع بالاستقلال في عمله القضائي ولكن تبين له أن الامير يتدخل في عمله ، فان على هذا القاضي أن يستقيل من وظيفته لأن مقصود القضاء وهو الحكم بالعدل لم يتحقق ولم يحصل .

٤٧ـ رابعاً ـ الحاكم الكافر

قد يتغلب الكفار على بلاد المسلمين ويعينون لها والياً كافراً ، أو يدخل بلد اسلامي في سلطة حاكم كافر عن طريق القهر أو الضم ، فهل يجوز للمسلم تقلد وظيفة القضاء من هذا الحاكم الكافر ليقضي بين المسلمين ؟

قبل الجواب نأتي بنصوص الفقهاء التي وقفنا عليها في هذه المسألة :

أ ـ جاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية : الاسلام ليس بشرط فيمن يعين القاضي[٤٦] .

ب ـ وفي الدر المختار شرح تنوير الابصار : « ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ولو كان كافراً ، ذكره مسكين وغيره ، الا اذا كان يمنعه من القضاء بالحق فيحرم »[٤٧] .

جـ ـ وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار : « اذا ولى الكافر عليهم ـ أي على المسلمين الذين احتل الكفار بلادهم ـ قاضياً ورضيه المسلمون صحت ولايته »[٤٨] .

(٤٦) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٠٧ .
(٤٧) الدر المختار وردّ المحتار ج٥ ص٣٦٨ .
(٤٨) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٥ ص٣٦٨ .

د ـ وفي فتح القدير لابن الهمام الحنفي : « واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار ... يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً ليقضي بينهم أو يكون هو الذي يقضي بينهم »[49] .

هـ ـ وقال الفقيه العز بن عبدالسلام الشافعي : « ولو استولى الكفار على اقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة ، فالذي يظهر ، انفاذ ذلك كله جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد السابقة »[50] .

٤٨ ـ ويخلص لنا من هذه النقول الفقهية التي نقلناها من الفقه الحنفي والشافعي ، أن المسلمين اذا ابتلوا بحكم الكفرة أن عليهم أن يعالجوا مسألة القضاء فيما بينهم على النحو التالي في ضوء هذه النقول الفقهية :

١ ـ أن يختاروا أميراً عليهم اذا أمكنهم ذلك ، ويعين هذا الامير قاضياً عليهم يختاره هو بنفسه أو بمشاورة أهل العلم والرأي أو يقوم هو نفسه بالقضاء فيما بينهم .

٢ ـ فان لم يمكنهم اختيار أمير عليهم ليعين لهم قاضياً ، وكان لا بد من وجود قاض في البلد وأن الحاكم الكافر سيقوم حتماً بالتعيين ، ففي هذه الحالة ، أرى ، أن يقوم أهل الرأي والعلم من المسلمين بترشيح الصالح للقضاء ، والسعي لدى الحاكم الكافر لتعيينه . فاذا قبل ترشيحهم وعينه قاضياً ، صار كأنه تقلد القضاء منهم لا من الحاكم الكافر ، ويحصل به مقصود القضاء .

٤٩ـ فتح القدير ج٥ ص٤٦١ .

٥٠ـ قواعد الاحكام في مصالح الانام للعز بن عبدالسلام ج١ ص٨١ .

٣ ـ واذا رفض الحاكم الكافر ترشيحهم ، وقام هو باختيار شخص وعيّنه قاضياً على المسلمين ، ففي هذه الحالة ينظر : فان كان الذي اختاره أهلا للقضاء فعلى هذا الشخص المختار قبول تقلد القضاء وعلى المسلمين الرضا به ، وعليه أن يحكم بالحق بموجب شرع الاسلام • أما اذا كان الشخص المختار للقضاء غير أهل له أو هو أهل للقضاء ولكن يعلم أن الحاكم الكافر يتدخل في شؤون القضاة وأنه يمنعهم من الحكم بالشرع الاسلامي فعلى هذا الشخص المختار أن يرفض التعيين •

٤ ـ اذا رضي الشخص الذي اختاره الحاكم الكافر لمنصب القضاء وتقلد القضاء منه ، وكان غير أهل للقضاء لجهله بالاحكام الشرعية أو لفسقه أو لتنفيذه أهواء الحاكم الكافر ، أو كان هو غير مسلم ، ففي هذه الاحوال يجب على المسلمين عدم رفع دعاواهم الى هذا القاضي وانما عليهم الالتجاء الى التحكيم ، فيحكّمون مسلماً عدلا عالماً بالشرع ليحكم في قضاياهم •

٥ ـ واذا عين الحاكم الكافر مسلماً للقضاء وهو أهل له أما بترشيح من المسلمين أو باختيار منه ابتداءً وباشر المعين أعمال القضاء ثم أخذ الحاكم الكافر بالتدخل في شؤونه وحرفه عن منهج الحق وحمله على الحكم حسب أهوائه وبما يخالف أحكام الشرع ، أقول على القاضي ، في هذه الحالة ، أن يستقيل من وظيفته ، وعلى المسلمين أن يلجأوا الى التحكيم لحل قضاياهم الى أن يعين القاضي الصالح •

٤٩ـ خامساً ـ امراء الاقاليم وقضاتها

يجوز لأمراء الاقاليم ، وهم يعتبرون نواب الخليفة ، أن يعينوا القضاة في أقاليمهم اذا أذن لهم الخليفة بذلك • وكذلك يجوز لقاضي الاقليم الذي عينه الخليفة أن يعين قاضياً على بعض نواحي الاقليم اذا رأى

حاجة لذلك وكان الخليفة قد أذن له بذلك[51] .

٥٠- سادساً - قاضي القضاة

جاء في البداية والنهاية للامام ابن كثير « قال أبو يوسف : فلما وليت القضاء - وكان أول من ولاه القضاء الهادي - وهو أول من لقب قاضي القضاة ، وكان يقال له قاضي قضاة الدنيا لأنه كان يستنيب في سائر الاقاليم التي يحكم فيها الخليفة ... الخ »[52] .

ويتبين من قول الامام ابن كثير أن منصب قاضي القضاة مستحدث في عهد الدولة الاسلامية وأن أول من عين فيه هو الفقيه المشهور أبو يوسف صاحب أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ، وأن صاحب هذا المنصب يملك سلطة تعيين القضاة في أنحاء الدولة عن طريق التفويض والاذن من الخليفة .

٥١- سابعاً - اهل الراي والعلم

ويجوز عند الضرورة اختيار القاضي من قبل أهل الاختيار وهم أهل العلم والرأي في بلد لا قاضي فيه ولا يمكن لاهله التحاكم الى قاض قريب منهم ، ولا يوجد خليفة للمسلمين ، فيجوز لأهل الاختيار في هذا البلد وهم أهل الرأي والعلم أن يختاروا شخصاً من بينهم يولونه القضاء ، واذا وجد الخليفة فيما بعد فلا يجوز لهذا القاضي المختار الاستمرار في القضاء الا اذا أذن له الخليفة الجديد بذلك[53] .

---

(٥١) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٣٧ - ١٣٨ ، مغني المحتاج ج٤ ص٢٧٧ ، تبصرة الحكام ج١ ص٢١ .
(٥٢) البداية والنهاية لابن كثير ج١٠ ص١٨٠ .
(٥٣) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٤٠ ، الحطاب ج٦ ص٩٩ .

الفَصلُ الثالِث

اجراءات التعيين وما يعقبه

٥٢ـ تمهيد :

قبل أن يصدر الخليفة أو من يخوله أمراً بتعيين من وقع عليه الاختيار قاضياً ، يقوم بالتحري والسؤال عنه للتأكد من صلاحيته وأهليته للقضاء •

ثم اذا صدر الامر بالتعيين لزم القاضي المعين القيام بالتمهيدات اللازمة لوظيفته الجديدة ، ثم يتبع ذلك منه مباشرة بعض ما له علاقة بوظيفته • وهذا ما نبينه تباعاً في هذا الفصل •

٥٣ـ كيفية اختيار الصالح للقضاء

قال الفقهاء : على الخليفة أن يعين الكفوء الصالح لمنصب القضاء • ولكن كيف يعرف الخليفة الكفوء الصالح للقضاء حتى يعينه لهذا المنصب الخطير ؟ قالوا : اذا كان الخليفة نفسه يعرف الشخص الصالح للقضاء فله أن يعمل بعلمه ويعين هذا الشخص قاضياً • أو يعلم الخليفة الصالح للقضاء بسؤال أهل العلم والمعرفة ، فاذا أرشدوه الى الصالح الكفوء ودلوه عليه جاز له أن يأخذ بارشادهم ودلالتهم ويعين من أشاروا به عليه • وللخليفة أن يتأكد من صلاحية من أشاروا به عليه فيأمر باحضاره أمامه ويسأله ما يشاء من الاسئلة ليتأكد من علمه ومعرفته بأمور القضاء • وللخليفة أن يسأل عن عدالة من يريد تعيينه قبل أن يعينه ، فاذا فرغ الخليفة من تحريه واطمأن الى عدالة الشخص وأهليته للقضاء أصدر أمره بتعيينه قاضياً(٥٤) •

---

(٥٤) المغني لابن قدامة ج٩ ص٣٨ •

٥٤ـ وضع الضوابط والقواعد لتعيين القضاة

ما ذكرناه في الفقرة السابقة هو بعض ما ذكره الفقهاء بصدد اجراءات تعيين القضاة وما يفعله الخليفة قبل اصدار أمر التعيين • ولا نرى مانعاً من وضع ضوابط محددة وقواعد واضحة لتعيين القضاة في الوقت الحاضر في ضوء الظروف المستجدة وبناء على مقتضيات المصلحة المشروعة• فمن هذه الضوابط الشهادة العلمية التي تعتبر قرينة على كفاءة صاحبها العلمية ، وكذلك لا مانع من اجراء امتحان للمتقدمين لوظيفة القضاء بما له علاقة بالقضاء ولا يسوغ الجهل به • ولا مانع أيضاً من اجراء المقابلة للناجحين في الامتحان ليتبين للجهة المختصة بالتعيين لياقتهم البدنية وسلامة حواسهم • وكذلك نرى التحري عن عدالة المراد تعيينه بعد ثبوت كفاءته العلمية وبخاصة في الامتحان وفي المقابلة • هذه بعض الضوابط التي لا تخالف المقرر شرعاً ، في موضوع تعيين القضاة •

٥٥ـ التقدم بطلبات التعيين •

وكذلك لا نرى مانعاً من جعل اختيار القاضي وتعيينه مسبوقاً بالطلب التحرير لهذا التعيين ، وأن يدرج في طلبه جميع المعلومات الضرورية التي يحددها ولي الامر والتي تعرّف بشخصية طالب التعيين وتعين على التحري المطلوب عنه وعن عدالته وسيرته • وتقديم هذا الطلب للتعيين لا يناقض ما ذكرناه من قبل من أن الاصل عدم طلب تولي الوظائف العامة ، وأن القاعدة هي طالب الولاية لا يولى ، لأن تقديم مثل هذا الطلب هو بناء على طلب ولي الامر للاكفاء للقضاء أن يتقدموا بطلباتهم ، لأن هذا الطلب يؤدي الى تسهيل معرفة الصالح للقضاء وبالتالي الى تعيينه وفي هذا مصلحة مؤكدة للمسلمين ، والشرع يأمر بما فيه مصلحة للمسلمين مع خلوه من المفسدة •

٥٦ـ ما يفعلـه القاضي بعد صدور أمـر تعيينه ٠

على الشخص الذي صدر أمر تعيينـه قاضياً أن يتأهب للسـفر الى محل عمله الذي عين فيه ان كان غير بلد سكناه ، وعليه قبل أن يسافر أن يتعرف علىّ كل ما يحتاج الى معرفته من أحوال البلد الذي سيعمل فيه ، فيعرف مثلا من فيه من العلماء وأهل الفضل والعدالة ٠

٥٧ ـ ولا بئس باخبار أهل البلد بيـــوم قدومه عليهم ليتلقوه ، فاذا وصل الى البلد أمر مناديه فنادى في البلد أن فلاناً قـــدم عليكم قاضيـــاً فاجتمعوا لقراءة أمر تعيينه ، ثم يبين للناس مواعيد جلوسه للقضاء[٥٥] ٠

٥٨ـ التسـليم والتسلم

ويقوم القاضي الجديـد باجراءات التسليم والتسـلم مـــع القاضي السابق ، فيتسلم منه الوثائق ، وهي وثائق الناس من المحاضر وهي نسخ ما ثبت عند القاضي السابق فيما نظره من الدعاوى ٠

ويتسلم أيضاً السجلات وهي نسخ ما حكم به القاضي السابق ، وما أودعه الخصوم من حجج ووثائق تعزيزا لادعاءاتهم[٥٦] ٠

٥٩ـ ما ينظره القاضي بعد التسليم والتسلم(٥٧)

فاذا فرغ القاضي الجديـد مـن اجراءات التسليم والتسلم فان أول ما ينظره في مجلس القضاء دون طلب من أحد قضايا المحبوسين لعــــدم ايفائهم ما عليهم من ديون خشية أن يكون فيهم من لا يستحق البقـاء في السجن فيتحقق في أمرهم ويخرج من السجن من يستحق الاخراج كما

---

(٥٥) المغني ج٩ ص٤٤ ٠
(٥٦) المغني ج٩ ص٤٤ ـ ٤٥ ٠
(٥٧) المغني ج٩ ص٥٤ وما بعدها ٠

لو كان قد أوفى دينه الذي في ذمته ومع هذا بقي في السجن بغير وجه حق ، أو أنه ثابت الفقر وذو عسرة فلا معنى لسجنه . ثم ينظر القاضي بدون طلب من أحد في أمر الاوصياء الناظرين في أموال اليتامى والمجانين ، وتفرقة الوصية بين المساكين ، فيقصدهم القاضي بالنظر فيبقي منهم القوي الامين على وصايته ويضم اليه من يعينه ان كان وصياً ضعيفاً ويعزله ان كان فاسقاً .

ثم ينظر القاضي الجديد في أمر الضوال واللقطة التي تولى القاضي السابق حفظها فيبيع ما في بيعه مصلحة ويحفظ ثمنه لصاحبه ويبقي ما يرى فيه مصلحة الى أن يظهر صاحبه .

الفصل الرابع

ولايـة القاضي

٦٠ـ تمهيـد :

وظيفة القضاء هي الفصل في خصومات الناس وحسم منازعاتهم والنظر في قضاياهم • ولكن هل يستطيع القاضي أن يباشر هـذه الوظيفة بالنسبة لجميـع الخصومات والقضايا ، وبالنسبة لجميـع الناس وبالنسبة لجميـع الامكنة ؟ الجواب على ذلك يعرف من معرفة مركز القاضي ومدى ولايته وسلطته في نظر ما ذكرناه من خصومات وقضايا • إنّ القاضي ، كما ذكرنا من قبل ، يعتبر نائب الخليفة الذي عينه ، والنائب يستمد ولايته على مـا أنيب فيه من منيبه وبالحدود التي يحدد بها هذه الولاية ، وعلى هذا فان القاضي ، وهـو نائب الخليفـة ، يستمد ولايته القضائيـة مـن الخليفـة وبالحدود التي يحدد بها هذه الولاية ، ومن هنا كانت ولايـة القاضي في نظر ما يدخل في أعمال القضاء ووظائف القضاء ، تقبل هذه الولاية التقييد والاطـلاق والعمـوم والخصوص مـن حيث الزمـان والمكان والخصـوم والخصومات ، ومن هنا تنوعت ولاية القاضي على هـذا الاساس ، أساس التقييد والاطلاق وهذا ما نبينه في هذا الفصل •

٦١ـ التقليـد العـام والتقليد الخـاص

يستعمل الفقهاء اصطلاح التقليد العـام واصطلاح التقليد الخـاص للدلالة على مدى ولاية القاضي وسلطته في رؤية دعاوى الناس ، فاذا عين الخليفة قاضياً على اقليم ليقضي بين عموم أهله وفي جميـع خصوماتهم المدنية والجزائية وفي جميع الاوقات فتقليد القضاء لهذا القاضي في هـذه

الحالة هو تقليد عام ، أما اذا عين الخليفة قاضياً بقيود معينة من حيث المكان أو الزمان أو نوع الخصومات أو نوع الخصوم فتقليد القضاء لهذا القاضي في هذه الحالة هو تقليد خاص • والتقييد الذي صار به تقليد القاضي تقليداً خاصاً هو الذي يُعرف عند الفقهاء بـ (تخصيص القضاء) • ولما كانت القيود التي تقيد بها ولاية القاضي ، قيوداً متنوعة ، فان التقليد الخاص أو تخصيص القضاء هو الآخر يكون أنواعاً متعددة وهذا ما نذكره في الفقرات التالية •

٦٢ـ انواع التقليد الخاص(٥٨)

والتقليد الخاص ، أو تخصيص القضاء ، أنواع متعددة بتعدد القيود وأنواعها كما قلنا وهذه الانواع هي :

٦٣ـ النوع الاول ـ تخصيص القضاء من حيث المكان

ويقصد به تحديد صلاحية القاضي بمكان معين بحيث لا يملك القاضي ولاية القضاء خارج هذا المكان ، كما لو عين القاضي ليقضي في جانب الكرخ من بغداد فقط ، فلا تمتد ولايته القضائية الى الرصافة •

٦٤ ـ ويلاحظ هنا أن سعة المكان أو ضيقه من حيث المساحة لا يؤثران في صحة تخصيص القضاء من حيث المكان ، حتى لو عين القاضي ليقضي بين أهل محلة معينة فقط من جانب الكرخ جاز تعيين هذا القاضي بهذا التقييد ، لأن القضاء ، كما قالوا ، يعم ويخص ولا حد لتخصيصه •

---

(٥٨) المغني ج٩ ص١٠٥ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٥٥ وما بعدها ، والاحكام السلطانية للماوردي ص٧٠ مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٩ ، وحاشية ابن عابدين ج٥ ص٤١٩ ، الاحكام اسلطانية لابي يعلى ص ٣٥ •

٦٥- النوع الثاني - تخصيص القضاء من حيث الزمان

ومعناه تقييد ولاية القاضي بالقضاء في أيام معينة دون غيرها ، كما لو عين في جانب الكرخ ليقضي بين أهله في أيام السبت والاثنين والخميس فقط من كل اسبوع .

٦٦- النوع الثالث - تخصيص القضاء من حيث الاشخاص

ومعناه تقييد ولاية القاضي بالقضاء بطائفة معينة من الناس ، كما لو عين القاضي ليقضي بين الاجانب المقيمين في بغداد ، أو ليقضي في قضايا الاحداث من أهل بغداد ، فسلطة القاضي في هذه الحالة لا تمتد الى غير من ذكرت من أجانب أو أحداث ، حتى أنه لو حكم في قضايا غير هؤلاء فان حكمه لا ينفذ .

٦٧- النوع الرابع تخصيص القضاء بنوع من الخصومات

وهذا التخصيص أنواع كثيرة ، فقد تقيد ولاية القاضي بالنظر في القضايا الجزائية دون المدنية ، وقد يقيد أيضاً بنوع من القضايا الجنائية دون غيرها كالقتل فقط ، أو يقيد بنوع من القضايا المدنية مثل التقييد بدعاوى العقار ، أو بدعاوى الدين ، أو بمسائل الاحوال الشخصية فقط أو بنوع من مسائل الاحوال الشخصية كدعاوى النكاح والطلاق فقط . كما يمكن أن يقيد بنوع من الدعاوى التي لا تزيد قيمتها عن مبلغ معين مثل ألف دينار وهكذا .

٦٨- النوع الخامس - تخصيص القضاء بخصومة معينة وخصوم معينين

ويجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على خصومة معينة وخصوم معينين هم أطراف هذه الخصومة فلا يجوز للقاضي أن يقضي في غير هذه الخصومةوأطراف هذه الخصومة . وتبقى ولاية القاضي قائمة ما دام

الشاجر بين أطرافها باقياً ، فاذا قضى فيها القاضي ونطق بالحكم فيها انتهت ولايته ، حتى لو أن أطراف هذه الخصومة حصلت فيما بينهم خصومة أخرى لا يجوز للقاضي الذي نظر خصومتهم الاولى أن يقضي في هذه الخصومة الجديدة الا باذن جديد وولاية جديدة ممن يملك اعطاءها(٥٩) • فكأن القاضي ينعزل تلقائياً بمجرد انتهائه من نظر الخصومة واصداره الحكم فيها •

١٩ـ النوع السادس ـ تخصيص القضاء من جهة مرور الزمان

وقد يخصص القضاء بمرور الزمان ، بمعنى أن الخليفة يقيد ولاية القاضي من جهة عدم مضي مدة معينة على الحق المدعى بـه ، فلا يملك القاضي ولاية النظر في الدعاوى التي مرّ على الحق الذي تعلقت بـه مدة معينة يحددها الخليفة • وتعليل هذا القيد أو جوازه هو اعتبار مضي هذه المدةقرينة على وفاء هذا الحق واستيفائه ، أو قرينة على عدم وجود هذا الحق المدعى به ، نظراً لعدم المطالبة به طيلة هذه المدة • وعلى هذا الاساس أقر الفقهاء في الدولة العثمانية ما كان يفعله سلاطين هذه الدولة من منع القضاة من سماع الدعاوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة • ويعلل الفقهاء مشروعية هذا المنع بأن القضاء يقبل التخصيص بالمكان والزمان فيقبل التخصيص أيضاً بمرور الزمان • جاء في الدر المختار في فقه الحنفية : « القضاء مظهر لا مثبت ، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة ، حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فسمعها لا ينفذ »(٦٠) • وفي دعوى الوقف اذا مضي عليها ثلاث وثلاثون سنة بلا عذر لا تسمع هذه الدعوى ، وهذا ليس مبنياً على منع السلطان

---

(٥٩) الاحكام السلطانية للماوردي ص٧٠ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٥٣ •

(٦٠) الدر المختار وشرحه لابن عابدين ج٥ ص٤١٩ •

وانما هو منع من الفقهاء[٦١] •

٧٠ـ مدى ولاية القاضي في نظر دعاوى نفسه واقاربه [٦١] •

ليس للقاضي ولاية النظر في الدعاوى التي هو طرف فيها ، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، وترفع مثل هذه الدعاوى الى غيره من القضاة • وكذلك لا ينظر القاضي في الدعاوى التي يكون طرفاً فيها أحد أقاربه ، مثل أولاده وأبويه • الا أن بعض الفقهاء من المالكية وسع دائرة الاقارب ، ومنع القاضي من رؤية دعاواهم بالرغم من بعد قرابتهم منه فقالوا : « ولا ينبغي ـ أي القاضي ـ أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وان رضي الخصم » • ومعلوم أن قرابة العشيرة أوسع دائرة وأبعد قرابة من قرابة الوالدين والاولاد والاخوة • والحكمة من منع القاضي من سماع هذه الدعاوى أمر واضح هو نفي التهمة عن القاضي وازالة الشكوك عن أمانته وعدالته •

٧١ـ مدى ولاية القاضي في نظر خصومة السلطان

الخليفة أو السلطان هو الذي يعين القاضي ، والقاضي انما يستفيد ولاية القضاء من الخليفة الذي عينه لأنه نائبه في القضاء ووكيله فيه ، والقاعدة هي أن قضاء الوكيل لموكله غير جائز ، فهل يترتب على هذا التكييف عدم ولاية القاضي في نظر خصومة الخليفة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، ما دام هذا الخليفة أو السلطان هو الذي عينه ؟ والجواب على

---

(٦١) رد المحتار وشرح الدر المختار ، المعروف بحاشية ابن عابدين ج٥ ص٤٢٢ •

(٦٢) المغني ج٩ ص١٠٧ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٤١٧ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٨٢ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ج٥ ص١٣٤ •

ذلك : لا ، فان ولاية القاضي تمتد الى السلطان ، فيملك القاضي ولاية النظر في دعاويه سواء كان مدعياً أو مدعى عليه بالرغم من أنه هو الذي عين هذا القاضي . قال الفقيه الماوردي : « فاذا أراد الامام محاكمة خصمه جاز أن يحاكمه الى قضاته لأنهم ولاة في حقوق المسلمين وان صدرت عنه ولايتهم »[٦٣] . ويؤيد ذلك السوابق القديمة ، فان علياً رضي الله عنه قلد شريحاً القضاء وخاصم عنده في واقعة ، وأن يهودياً رفع دعواه على هارون الرشيد أمام القاضي أبي يوسف ، فسمع أبو يوسف خصومة اليهودي عليه مع أن هارون الرشيد هو الذي عين أبا يوسف في وظيفة القضاء[٦٤] .

٧٢ ـ أما كون القاضي يعتبر نائباً عن السلطان ومنه يستمد ولايته في القضاء وأن قضاء النائب أو الوكيل لموكله غير جائز ، فهذا كله لا يدل على سلب القاضي ولايته على دعاوى السلطان ، ذلك أن قولنا أن القاضي نائب عن السلطان الذي عينه ، يعني أنه نائب عنه في القيام بواجب القضاء ، وليس هو بنائب عنه في حق خاص بالخليفة . فنيابته عن الخليفة ، اذن ، ليست مثل نيابة الافراد فيما بينهم في حقوقهم الخاصة ، فلا تنطبق عليهم قاعدة قضاء الوكيل لموكله لا يجوز .

وأما استمداد القاضي ولايته من الخليفة الذي عينه ، فان هذا الاستمداد في الحقيقة هو من عامة المسلمين الذين اختاروا الخليفة وصار يمثلهم في حقوقهم ومنها حقهم في ولاية القضاء . فاذا قلنا أن القاضي يستمد ولايته من الخليفة الذي عينه ، فان هذا القول يصح باعتبار أن الخليفة يمثل عامة المسلمين وأنه في تعيينه للقاضي يكشف عن ارادتهم في

(٦٣) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٤١٧ .
(٦٤) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٩ .

هذا التعيين ، فهو بمنزلة الرسول عنهم في تقليده القضاء لمستحقه ، أو هو بمنزلة النائب عن عامة المسلمين في استعمال حقهم في ولاية القضاء وتقليده للآخرين . فاذا عين الخليفة قاضياً فان هذا القاضي يستمدها ممن يملكها وهم عامة المسلمين وليس من الخليفة الا باعتبار أنه نائب عمن يملكها وهم عامة المسلمين ، وعلى هذا التكييف لا مانع من أن يقضي القاضي في خصومة الخليفة ، لأنه يقضي بولاية عامة المسلمين ويعمل في حقوقهم(٦٥) .

٧٣ـ هل يقضي الخليفة مع وجود القاضي ؟

الخليفة هو الذي يعين القاضي ، الا أن هذا التعيين لا يسلبه حقه في القضاء بين الناس ، لأن القضاء من واجباته الاصلية ، وانما جاز له أن ينيب عنه غيره فيه للضرورة كما قلنا ، فاذا اتسع له الوقت ورأى المصلحة في مباشرة القضاء بنفسه في بعض الاحيان أو في بعض الخصومات فلا مانع من ذلك ، لأنه يباشر ما يملكه أصلا وأن هذا المملوك له لا يزول اذا عين أحداً للقضاء ، ولهذا صرح الفقهاء بقضاء الخليفة . قال الفقيه ابن عابدين « للسلطان أن يقضي بين الخصمين »(٦٦) . وقال أيضاً « وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه »(٦٧) . وقال أيضاً نقلا عن الاشباه : « قضاء الامير جائز مع وجود قاضي البلد الا أن يكون القاضي مولى من الخليفة »(٦٨) . وفي بداية المجتهد : « لا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم »(٦٩) .

---

(٦٥) البدائع ج٧ ص١١٦ ، ادب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج٣ ص٣٦٣ ـ ٣٦٤ .
(٦٦) رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٣٦٨ .
(٦٧) رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٤٠٩ .
(٦٨) رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٤٠٩ .
(٦٩) بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص٣٨٤ .

٧٤ـ تعدد القضاة في البلد الواحد ومدى ولايتهم(٧٠)

يجوز تعدد القضاة في البلد الواحد ، أما على وجه العموم وأما على وجه الخصوص ، فاذا عين الخليفة جملة قضاة في بلد واحد ، وكانت ولاية كل واحد منهم عامة من حيث المكان في البلد ومن حيث الزمان والخصوم والخصومات ، فان كل واحد من هؤلاء القضاة يملك هذه الولاية العامة • فاذا رفعت الى واحد منهم قضية اختص هو بالنظر فيها دون غيره لأنه يملك النظر فيها لولايته العامة ولأنها رفعت اليه قبل غيره •

٧٥ ـ أما اذا عين الخليفة كل واحد من القضاة على ناحية معينة من البلد ، فهذا تقليد للقضاء على وجه الخصوص فيختص كل قاضٍ بالنظر في قضايا ناحيته •

٧٦ ـ وكذلك يكون تقليد القضاء مخصوصاً ، أي على وجه الخصوص ، أي مقيداً ، اذا عين الخليفة كل قاضٍ بولاية عامة على كل البلد ولكن لينظر في دعاوى معينة ، كأن يقيد أحدهم بدعاوى المال ، وآخر بدعاوى الاحوال الشخصية ، وآخر بدعاوى الجرائم ، وهكذا • وانما جاز ذلك لأن ولاية القضاء نيابة عن الخليفة ، فيجوز أن تكون وفقاً لحدود هذه الاستنابة وقيودها •

٧٧ـ هل يجوز تعدد القضاة في المحكمة الواحدة ؟

الاصل أن لكل محكمة قاضياً واحداً يقضي بين الناس ، وهذا هو الذي جرى عليه العمل في عهود الاسلام المختلفة ، وان كان من المرغوب فيه أن يشاور القاضي أهل الاجتهاد فيما يرفع اليه من دعاوى ، بل أن

(٧٠) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٥٧ وما بعدها ، المجموع في فقه الشافعية ج١٨ ص٣٦٤ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٩ •

الفقيه الماوردي قال : « فالقاضي مأمور بالمشاورة في ... وقضاياه »[71].
ثم قال الماوردي : « ولا يعول القاضي على مشاورة الواحد حتى يجمع بين عدد ينكشف بمناظرتهم ما غمض ، ويتوصل بها الى ما خفي ، ولا يقلدهم وان كانوا عدداً حتى يصل الى علم الحد ... بما يقتضيه الدليل ويوجبه التعليل »[72] . فالمشاورة ، اذن ، لا تعني تعدد أعضاء المحكمة وأنها لا تنعقد الا بهم ، كما لا تعني المشاورة أن القاضي يلتزم بآدائهم حتى ولو اجتمعوا على رأي واحد ، وهذا ما صرح بـه الفقيه الماوردي حيث قال : « ولا يقلدهم وان كانوا عدداً » . ولم يفصل في المنع مـن تقليدهم ان كانوا متفرقين في آرائهم أو مجتمعين . ويدل على أنه يريد عـدم تقليدهم وان اجتمعوا على رأي واحد ، أنه قال في تعليل المنع من التقليد : « لأنه ـ أي القاضي ـ لم يؤمر بالمشاورة للتقليد ، وانما أُمر بها لأمرين (أحدهما) ليتوصل بها الى معرفة ما لم يصل اليه من الادلـة . (الثاني) ليستوضح بمناظرتهم طرق الاجتهاد والتوصل الى غوامض المعاني »[73] .

٧٨ ـ ولكن هل يفهم مما ذكره الفقيه الماوردي أنه لا يجوز تشكيل المحكمة من أكثر من قاضٍ واحد يتمتع كل منهم بسلطة قضائية ، ولكن الاحـكام لا تصـدر عنهم ، بعـد نظرها مجتمعين ، الا باجمـاع آرائهـم أو بأكثريتها ؟

الجواب في نظري بالنفي ، لأن الفقهاء قالوا : « القاضي نائب عـن الامام الذي ولاه ، ووكيل من قبله »[74] . وقالوا أيضاً أن تقليـد القضاء يعتبر « استنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان عن اجتمـاع

---

(٧١) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٢٦٠ .
(٧٢) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٢٦٧ ـ ٢٦٨ .
(٧٣) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٢٦ ـ ٢٦٨ .
(٧٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ١ج ص٧١ .

أو انفراد »[٧٥] . وعلى هذا التكييف لمركز القاضي القانوني وهو أنــه نائب ووكيل عن الامام الذي قلده القضاء ، وأنــه يجوز تعــدد النواب والوكلاء عــن الموكل فيمــا وكّلهم فيه ، وأن لهؤلاء الوكلاء أن يباشروا سلطتهم النيابية عن موكلهم مجتمعين أن قيدهم بالاجتماع ، ومنفردين ان أذن لهم فيه[٧٦] . فان الامام اذا عين ثلاثة قضاة للمحكمة وقيدهم بنظـر الدعاوى مجتمعين بحيث لا تنعقد المحكمــة الا بهم جميعــاً ، وأن الاحكام لا تصدر الا باتفاقهم أو بآراء أكثريتهم ، كان تقليد القضاء لهم بهذه القيود تقليداً صحيحاً . لأن القضاء يقبل التقييد ، كما قلنا من قبل ، وأن القضــاء ولاية ووكالة عن الامام ، كما قلنا ، والوكالة تقبل الاطلاق والتقييــد وأن الوكيل ملزم بتنفيذ وكالته بالقيود التي قيده بها الموكل[٧٧] .

---

(٧٥) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٥٨ .
(٧٦) المغني لابن قدامة ج٥ ص٨٧ .
(٧٧) كشاف القناع في فقه الحنابلة ج٣ ص٤٨٠ ، المهذب للشيرازي ج١ ص ٣٥٢ .

الفَصلُ الخَامِسُ

أعــوان القاضي

٧٩ـ تمهيــــد

يحتاج القاضي في وظيفتــه القضائيــة الى أعوان يعينونه على تمشية أعمال القضاء ، وهؤلاء هم الموظفون والمستخدمون في دائرة القاضي • كما يحتاج القاضي الى من يستشيرهم من أهل العــلم والفقــه في القضايا التي تعرض عليه والاحكام الشرعية المناسبة لها ، فمن هؤلاء الاعوان ؟ هـــذا ما نبنيه في الفقرات التالية مبتدئين بأهل المشاورة من العلماء •

٨٠ـ اولا ـ جماعة من اهل العلم والفضل (٧٨)

يتخذ القاضي جماعة من أهل العلم والفضل يشاورهم فيما يعرض عليه من قضايا وما ينبغي لها من أحكام شرعية مناسبة • وهـــذه المشاورة مطلوبة من القاضي وان كان عالماً • وعلى هـــذا النهج جـــرى الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من القضاة ، فقد كان سعيد بن ابراهيم قاضي المدينة يجلس بين القاسم وسالم ، وهما من فقهاء المدينة ، يشاورهما • والغرض من المشاورة تنبيه القاضي الى ما قد عسى أن يكون قد فاته أو نسيه مما لــه تعلق بالدعوى أو مؤثر في الحكم مع بيان رأيهم في الحكم المناسب • وقد اشترطوا فيهم أن يكونوا من أهل الاجتهاد والعدالة حتى يمكنهم الدلالــة على الحكم الشرعي للقضية •

---

(٧٨) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٢٦١ ـ ٢٦٥ ، ابن مازة ، المرجـع السابق ، ج١ ص٣٥٧ ، المغني ج٢ ص٥٢ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٢٠ ، تبصرة الحكام ج١ ص٣٧ ، المواق ج٦ ص١١٧ •

٨١ – ويجلسهم القاضي معه في مجلس القضاء • وقال الحنفية ، ان القاضي ، وان استحب له أن يجلس العلماء معه في مجلس القضاء ولكن لا يشاورهم في أثناء المرافعة بين الخصوم • وقال بعض فقهاء المالكية لا ينبغي للقاضي أن يكون معه في مجلس قضائه من يشغله عن النظر في الدعوى والمرافعة فيها وان كانوا أهل فقه لأن حضور هؤلاء مجلسه يدخل عليه الحصر والاهتمام بهم دون الاهتمام بالدعوى والخصوم ، ولكن اذا انتهت المرافعة ورفعت الجلسة جاز له أن يشاورهم ، أما بعد اعلان ختام المرافعة فينبغي أن يشاورهم في مجمل الدعوى ووسائل اثباتها والحكم المناسب لها • وهذا الرأي هو ما نرجحه ، ولكن مع هذا أرجح جلوسهم في مكان في مجلس القضاء بحيث لا يشغل حضورهم ذهن القاضي ويصرفه عن الاصغاء للخصوم وسماع حججهم أو يدخل عليه الحصر بسبب حضورهم، لأن حضورهم يجعلهم يحيطون علماً بتفاصيل الدعوى ويستطيعون تنبيه القاضي الى ما يستحق التنبيه في حينه •

٨٢ـ ثانيا ـ اعوان القاضي الآخرون(٧٩)

وهؤلاء الأعوان منهم الكاتب ، والحاجب ، والبواب ، والمترجم ، والجلواز ، والشهود ، والاجرياء ، وصاحب السجن ، والمزكون ، والمؤدبون ، وغيرهم • ونذكر فيما يلي شيئاً عن وظائف هؤلاء للتعريف بهم •

٨٣ـ ا ـ كاتب القاضي

وهو الذي يكتب بين يدي القاضي حسب ما يملي عليه القاضي • وقد

---

(٧٩) المغني ج٩ ص٧٣ ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص٥٩ ـ ٦٥ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٢٠ ـ ٣٢١ ، روضة القضاة وطريق النجاة ج١ ص١٢٠ ـ ١٣٢ ، الحطاب ، المصدر السابق ، ج٦ ص١١٨ ، التاج والاكليل لشرح مختصر خليل للمواق ج٦ ص١١٨ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج٤ ص١٣٩ •

قال الفقهاء عن هـــذا الكاتب أن يكون عدلا وعلى قدر كاف من الفقـــه والدراية •

٨٤ـ ب ـ الحـاجب

وهو الذي يقدم الخصوم الى القاضي ليقضي في خصومتهم بحسب أسبقيتهم في الحضور أو على حسب ترتيب رؤية دعاواهم • ويقال للحاجب صاحب المجلس وقد يسمى بالعريف •

٨٥ـ ج ـ البـواب ،

ومن وظيفته اعلام الناس بوقت جلوس القاضي للحـكم ، واعلامهم بوقت راحته ، ولاخبار القاضي بمن يريد الدخول عليه والغرض من ذلك حتى اذا أذن له القاضي بالدخول أدخله ، والا لم يدخله •

٨٧ـ د ـ المترجم

ويتخذ القاضي مترجماً عدلا أو مترجمين اثنين أو أكثر عدولا على اختلاف بين الفقهاء في العدد المطلوب • فان لم يكن عنـد القاضي مترجم خاص ترجم له عند الحاجة ثقـة مأمون ومترجمان أفضل من الواحـد • ويجوز ترجمة المرأة العدل عند الحاجة • ويقوم هؤلاء المترجمون بترجمه أقوال المدعين أو المدعى عليهم أو الشهود اذا كان القاضي لا يعرف لغتهم •

٨٧ـ هـ ـ الجـلواز

وقد قال الفقيه السمناني عن الجلواز بأنه هو الذي يقوم على رأس القاضي ويقيم الخصوم اذا انتهت الخصومة ليخرجوا من مجلس القضاء •

٨٨ـ و ـ الشـهود

وهؤلاء يحضرهم القاضي وجوباً ليشهدوا على الاقرارات التي تصدر

من الخصوم ويحفظوها كما صرح بذلك فقهاء المالكية ، وقالوا هو المعتمد والمشهور في المذهب ، جاء في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب « قال في التوضيح : واذا كان المشهور ، أن القاضي اذا سمع اقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده باقراره شاهدان فيكون احضار الشهود واجباً والا فلا فائدة في جلوسه » •

وقال الدسوقي المالكي في حاشيته تعليقاً على القائلين باحضار الشهود وجوباً ، قال : « هو المعتمد خلافاً لمن قال يندب احضارهم » ولكن لا يشترط احضار الشهود المقامين عند القاضي للشهادة على اقرار الخصم[80] • فيفهم من هذا أن من أعوان القاضي وجود شهود يحضرون مجلسه أو يكونون قريبين منه بحيث يمكن أن يستدعيهم القاضي عند الحاجة ، وهؤلاء هم الشهود المقامون عنده •

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي : « وينبغي له ـ أي للقاضي ـ أن يحضر شهوده مجلسه ليستوفي بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج والمحاضر ، فان كان ممن يحكم بعلمه ، فان شاء أدناهم منه ، وان شاء باعدهم منه بحيث اذا احتاج الى اشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك ، وان كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه اقراره ويشهدوا به »[81] • فيفهم من هذا ، أن من أعوان القاضي عند الحنابلة ، الشهود يحضرهم القاضي مجلسه ليقوم بالشهادة على ما ذكره صاحب المغني •

---

(٨٠) الحطاب ، المرجع السابق ، ج٦ ص١١٨ ، الدسوقي ، المرجع السابق ، ج٤ ص١٣٩ •

(٨١) المغني ج٩ ص٥٢ ، وسيأتي بحث مسألة حكم القاضي بعلمه •

٨٩ـ ز ـ الاجريـاء :

ووظيفتهم احضـار الخصوم الى مجلس القضـاء اذا استعدى عليهم أصحاب الحقوق • وينبغي أن يكونوا من ذوي الدين والامانة والبعـد عن الطمع •

٩٠ـ ح ـ المزكـون :

وهؤلاء رجـال عدول يختارهم القاضي دون عـلم الناس لتزكيـة الشهود بعد السؤال عنهم •

٩١ـ ط ـ المؤدبون :

وهؤلاء نفر من الرجال الاكفاء يكونون في مجلس القضاء ليزجروا من ينبغي زجره من المتخاصمين أو من غيرهم اذا أساءوا الادب في مجلس القضاء ، ولهم الحق في اخراجهم من المجلس اذا لم يكفوا عن اساءتهم •

٩٢ـ ك ـ اهـل الخبرة :

وهؤلاء يختارهم القاضي مـن أهـل العدالـة والامانة والخبرة في الامور التي تدخل في أعمال القضاء وتحتاج الى خبرة معينة ، مثـل تقويم الاشياء واجراء قسمة العقار والمنقول •

٩٣ـ ل ـ صاحب السجن :

صاحب السجن ، أو السجان ، عده الفقيه السمناني من جملة أعوان القاضي ، ومن واجباتـه أن يرفع الى القاضي كل يـوم أحوال المحبوسين وما يجري في السجن ، حتى يزيل الظلم ويطلق من لا يستحق البقـاء في السجن •

٩٤ـ من يختار اعوان القاضي

ويلاحظ أن أعوان القاضي ، من جهة اختيارهم ، صنفان :

الصنف الاول : يختارهم القاضي بنفسه ، مثل أهل العلم والفقه الذين يستشيرهم القاضي في أمور الدعوى • والمزكون الذين يزكون الشهود لدى القاضي بعد أن يسألوا عنهم • والشهود الذين يشهدون على أقارير الخصوم في مجلس القضاء ، والمترجم الذي يترجم له أقوال الخصوم والشهود الذين لا يعرف القاضي لغتهم •

الصنف الثاني : تعينهم الدولة عن طريق من له حق التعيين كالوزير والامير أو من يفوضه الخليفة أمر تعيينهم • وهؤلاء هم الكاتب ، والمحاجب ، والبواب ، والجلواز ، والاجرياء ، وصاحب السجن ، والمؤدبون •

٩٥ـ رزق اعوان القاضي

ورزق أعوان القاضي الذين تعينهم الدولة يكون من بيت المال ، قال الفقيه السمناني ، وهو يتكلم عن بواب القاضي ، ورزقه : « ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفايته ، وكذلك سائر أعوان القاضي حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه ، وهم كالقاضي في ذلك لأنهم في مصالح المسلمين ، فكما لا يجوز للقاضي أن يأخذ من أحد الخصوم شيئاً فكذلك أعوانه »(٨٢) •

والظاهر أن ما قاله الفقيه السمناني من تخصيص رزق من بيت المال لاعوان القاضي انما ينصرف على من تعينهم الدولة ولا ينصرف قوله الى من لا تعينهم الدولة ، وانما يختارهم القاضي كأهل العلم الذين

---

(٨٢) روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ص١٣٢ •

يستشيرهم في الدعاوى التي ينظرها ، وكالمزكين الذين يختارهم لتزكية الشهود بعد السؤال عنهم ، وكالشهود الذين يحضرهم القاضي لسماع أقارير الخصوم في مجلس القضاء . وأرى تخصيص مكافآت أو مرتبات شهرية لهؤلاء من بيت المال على حسب ما يراه ولي الامر من وجوه المصلحة ، وقد تكون في بعض الحالات المكافآت أولى من المرتبات الشهرية الدائمة ، وقد يكون العكس حسب الظروف والاحوال .

٩٦- مراقبة القاضي لاعوانه

وعلى القاضي أن يراقب أعوانه ليطمئن على حسن قيامهم بواجباتهم المناطة بهم . قال الفقيه السمناني : « وينبغي للقاضي أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه »[٨٣] .

ويقاس على ما ذكره السمناني في مسألة مراقبة للقاضي لكاتبه سائر أعوانه ، فعليه أن يراقبهم حتى تحملهم هذه المراقبة على أداء واجباتهم الوظيفية . هذا وأن مراقبة القاضي لاعوانه تختلف باختلاف أعمالهم ، فمراقبة القاضي لكاتبه مثلا تكون بالنظر الى ما يكتبه حسبما يمليه عليه بين الحين والحين ، ومراقبته للسجان ، اذا اعتبرناه من أعوانه على رأي بعض الفقهاء كما اخترنا ذلك ، تكون بزيارة السجن وتفقد أحوال المسجونين وهكذا .

---

(٨٣) روضة القضاة للسمناني ج١ ص١٢٠ ، ١٣٢ .

الفَصلُ السَّادِسُ

سلوك القاضي ورزقه

٩٧ـ تمهيـد

مركز القاضي مهم وخطير ، لأنه هو يفصل بين الناس فينبغي أن يكون محل ثقة الناس واحترامهم له والاطمئنان الى عدالته في الحكم . ولا يستطيع القاضي أن ينال هذه المنزلة عند الناس الا بالدليل الملموس يقدمه للناس في سلوكه المَرضي البعيد عن الشبهات ، وفي صرامته في التمسك بعدالة الحكم بين الخصوم . وقد نبَّه الفقهاء رحمهم الله تعالى الى ذلك وذكروا ما ينبغي أن يبتعد عنه القاضي في سلوكه وسيرته وأعماله ، ولا شك أن ما ذكروه هو على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، والقاعدة في سلوكه أن يكون مرضياً لا تثار حوله وبسببه الشكوك ، ونذكر فيما يلي ما قالوه .

٩٨ـ منعه من اعمال التجارة

قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى : « وأكره له ـ أي للقاضي ـ البيع والشراء خوف المحاباة والزيادة ، ولأنه اذا باع واشترى لم يؤمن أن يسامح ويحابى فتميل نفسه عند المحاكمة الى مسامحة ومحاباة من سامحه وحاباه »(٨٤) . ويقاس على البيع والشراء سائر أعمال التجارة الاخرى ، حسب الظروف والاحوال .

٩٩ـ جواز اشتغاله بما لا يشغله عن اعمال القضاء

واذا أمنت المحاباة فيما يباشره من أعمال التجارة أو مزاولة بعض

---

(٨٤) ادب القاضي للماوردي ج١ ص٢٣٧ ـ ٢٣٨ .

الاعمال والحرف خارج أوقات وظيفة القضاء ، فقد ينظر الى ذلك من جهة مدى تأثير هذه الاعمال على عمله القضائي وانجاز البت في دعاوى الناس ، فان وجد أن هذه الاعمال تشغله عن واجبات وظيفته لم يجز له مباشرتها ، واذا وجد أنها لا تشغله عن أعمال وظيفته ، وليس فيهـا محذور المحاباة والمسامحة التي تنعكس على محاكمة الخصوم في دعاواهم أمامه ، فلا بأس من اشتغاله بها على رأي بعضهم . قال السمناني : « الحاكم أجير المسلمين فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر في أمورهم ، فان نظر في متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عمّا أسند اليه جاز »[٨٥] .

١٠٠ـ الراجح في اشتغل القاضي

والراجح ، منع القاضي من مزاولة أية مهنة أو أعمال حتى ولـو كان ذلك خارج أوقات وظيفته ، لأن في هذا الاشتغال مظنـــة التهمـــة ومسامحة الناس له على أمل أن يسامحهم في قضاياهم اذا عرضت عليه ، والنفس ضعيفة أمام اغراء المال ولو جاء عن طريق ظاهره الحل كطريق المسامحة والمحاباة . كما أن الانشغال بأي عمل كان لا يكون غالباً الا على حساب عمل القاضي وتفرغه لهذا العمل . أن عمل القضاء يحتـــاج الى صفاء الذهن وكثرة النظر ، بل وادامته في كتب الفقه ، والتفكر في قضايا الناس لمعرفة الحكم الصحيح فيها ، فاذا اشتغل بأي عمل فان هــذا العمل سيشغله عن عمله القضائي قليلا أو كثيراً ويأخذ جزءاً من تفكيره ووقته وجهده ، وفي هذا ضرر على الناس . ولكن اذا منعنا القاضي من مزاولة أي عمل فيجب أن توفر له الدولة الرزق الكافي له كما سنذكره .

١٠١ـ الهدية للقاضي ممنوعـة

الاصل في الهدية جوازها ان لم يكن استحبابها من المُهدي وجواز

---

(٨٥) روضة القضاة للسمناني ج١ ص٦٥٨ .

قبولها من المُهدى له ، بل هي من وسائل المودة المرغوب فيها شرعاً بين المسلمين وفي الحديث الشريف « تهادوا تحابوا » • ولكن مع هذا الاصل فان الاستثناء عدم قبولها اذا كان في هذا القبول مفسدة ، ومن ذلك قبول القاضي للهدية • وقد قال الفقهاء لا يقبل القاضي الهبة من أحد الخصمين لأنها تورث تهمة المحاباة ، بل قالوا تكره الهدية الى القضاة مطلقاً ، أي سواء من الخصمين أو من غيرهما • ولما ردّ عمر بن عبدالعزيز رحمه الله تعالى الهدية ، قيل له : ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية • فقال عمر : كانت للنبي صلى الله عليه وسلم هدية ، ولنا رشوة ، لأنه كان يتقرب المسلمون بهذه الهدية للنبي صلى الله عليه وسلم لنبوته ، ولأنه صلى الله عليه وسلم معصوم مما يخاف من الهدية على غيره[٨٦] • ويقاس على الهدية كل منفعة يقدمها اليه أهل البلد الذي يقضي فيه •

١٠٢ـ اخلاق القاضي

وبالاضافة الى ما تقدم ينبغي أن يكون القاضي مهيباً وقوراً بعيداً عما يثلم المروءة ولا يليق بالقضاة ، قليل المداخلة والعلاقات مع الناس حتى لا يتأثر بها فيحابي في قضائه من أجلها • وأن لا يغشى مجتمعات الناس التي لا تناسبه ، وأن لا يمازح ويضاحك الآخرين في مجالسهم أو مجلسه ، لأن كل ذلك ينزع المهابة والوقار منه ، والقاضي بحاجة الى الهيبة والوقار • وكذلك عليه أن يكون كلامه من النوع العالي الخالي من الغلظة والفحش أو الاستهزاء والاستعلاء على الآخرين •

١٠٣ـ رزق القاضي واختلاف الفقهاء فيه

يراد برزق القاضي ما يتقاضاه من مرتب شهري من بيت المال لقاء

---

(٨٦) المغني ج٩ ص٣٧ ، تبصرة الحكام ج١ ص٣٠ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياغي ج٢ ص١١٩ •

عمله في وظيفة القضاء • وهنا نلاحظ أن بعض الفقهاء ذهب الى كراهية أخذ القاضي أجرة على عمله اذا لم يكن محتاجاً الى أخذ الاجرة • وذهب بعض أصحاب الشافعي والفقيه المازري المالكي الى أن من تعين عليه تولي القضاء وكان في غنى عن أخذ الاجرة لم يجز له أن يأخذ شيئاً من بيت المال لقاء عمله في القضاء ، ولكن مع الحاجة يجوز •

وقال الفقيه ابن قدامة الحنبلي في موضوع رزق القاضي بعد أن ذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة : « والصحيح جواز أخذ الرزق عليه ـ أي على عمل القضاء ـ بكل حال ، لأن أبا بكر رضي الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين • وأن عمر رضي الله عنه رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق لمن تولى القضاء ، ولأن بالناس حاجة اليه ، فلو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق »(٨٧) • وبهذا القول أخذ جمهور الفقهاء(٨٨) •

١٠٤ـ القول الراجح

والراجح ما قاله ابن قدامة ووافقه عليه جمهور الفقهاء ، فيجوز للقاضي أخذ الاجرة على عمله ، بل وينبغي أن يعطى ما يكفيه من بيت المال حتى لا يتطلع الى ما عند الناس وحتى يتفرغ الى عمله القضائي وهو هادىء البال مكفي المؤونة هو ومن يعول وأن يعطى أكثر من الكفاية الى حدود التوسعة عليه حتى ينصرف تماماً الى عمله ، يؤيد ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى معاذ بن جبل والى أبي عبيدة لمّا بعثهما الى الشام : « أنظرا رجالا من صالحي من قبلكم فاستعملوهم على

---

(٨٧) المغني ج٩ ص٣٧ •

(٨٨) تبصرة الحكام ج١ ص٣٠ ، روضة القضاة ج١ ص٨٥ ـ ٨٦ ، الروض النضير ج٤ ص١١٩ •

القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله »[٨٩] . فالامـام الراشد عمر رضي الله عنه يذهب في رزق القاضي الى أكثر من حدود الكفاية الى حدود التوسعة ليرضى القاضي ويقنع وينصرف الى عمل القضاء الخطير وهو رضي النفس هادىء البال لا تشغله حاجات العيش عن عمله النبيل ، وهذا هو النظر السديد والسياسة الرشيدة التي ينبغي أن يلاحظهـا ولاة الامور عند تحديد رزق القاضي . ونضيف هنـا الى هـذا القول العام في ضرورة التوسعة على القاضي في رزقه ، ان على الدولة أن تهيء للقاضي مسكناً مريحاً يحل فيه ويخصص هذا المسكن لكل قاضي يعين في كـــل بلد فيه قضاء ومحكمة ، سواء كان السكن فيه بأجرة مناسبة أو بالمجان .

(٨٩) المغني ج٩ ص٣٧ ، الحطـاب ج٦ ص١١٥ ، حاشية الدسـوقي ج٤ ص ١٣٨ .

الفَصلُ السَابع

علاقة القاضي بالدولة

١٠٥ـ تمهيـــد

الدولة ممثلة برئيسها الخليفة هي التي تقوم بتعيين القاضي وتمنحه صلاحية وسلطة القضاء المطلقة أو المقيدة على النحو الذي بيناه من قبل • فاذا تم تعينه وباشر أعمـال وظيفتـه حسب علمـه واجتهاده بدا وكأنـه مستقل عن الدولة لا تربطه بها رابطة ولا علاقة ، ولكن الحقيقة غير ذلك اذ يبقى مرتبطاً بالدولة باعتباره من عمالها وموظفيها ويباشر أعمال وظيفته تحت رقابتها عن طريق الخليفة أو من يخوله • ثم أن للخصوم الحق ، في الدعوى التي ينظرهـا القاضي ، أن يرفعـوا شكواهم مـن القاضي الى الخليفة أو من يخوله ويسمع الخليفة هــذه الشكوى ويحقق فيهـــا • فالقاضي اذن في وظيفته هو بين الاستقلال والمراقبة مـع امكانية الشكوى منه • وعلى هذا سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث (الاول) في استقلال القاضي و (الثاني) في مراقبـــة القاضي و (الثالث) في الشكوى مـن القاضي •

المَبحَثُ الأوَّلُ

استقلال القاضي

١٠٦ـ التدخل في شؤون القاضي لا يجوز .

القضاء اخبار عن حكم الشرع على وجه الالزام ، والذي يقوم بهذا الاخبار هو القاضي فلا يجوز لأحد كائناً من كان أن يتدخل في عمل القاضي ليحرفه عن الاخبار الصحيح عن حكم الشرع الصحيح والا كان مضاداً للشرع الشريف .

والاسلام يأمر بالحكم بالعدل . قال تعالى : « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » . فلا يجوز لأحد كائناً من كان أن يتدخل في أعمال القاضي ليحرفه عن الحكم بالعدل والا كان مضاداً للشرع الشريف .

والحكم بالعدل من وجائب الخليفة ، والقاضي نائبه في أداء هذا الواجب الشرعي فلا يجوز أن يتدخل في أعمال القاضي ليحرفه عن أداء هذا الواجب والا كان مضاداً للشرع الشريف .

١٠٧ـ القضاء دين يحاسب عليه القاضي

والقضاء بالنسبة للقاضي دين يحاسب عليه ، فاذا قضى بالحق وهو القضاء وفقاً للشرع الذي يعرفه دخل الجنة ، واذا حكم خلافاً للشرع دخل النار ، فمن حق القاضي أن يرفض التدخل في أعماله لحرفه عن الحكم وفقاً للشرع لأنه اذا فعل ذلك دخل النار وأضاع الجنة . جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم : « القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى

به ، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار »[٩٠] •

١٠٨ـ استقلال القاضي في قضائه حق له أم واجب عليه ؟

واذا كان القضاء دين يحاسب عليه القاضي فمن حقـــه أن يرفض التدخل في شؤون عمله القضائي حتى لا يتعرض الى سخط الله اذا سمح بهذا التدخل ، وقد روينا الحديث الذي فيـه أصناف القضـاة وان الذي يدخل الجنة هـــو الذي يقضي بالحق الذي عرفـه • وهـــذا الحق في الاستقلال مصدره الشرع الاسلامي وليس هو هبة من أحـد ، ومـا كان مصدره الشرع لا يملك أحد أن يسلبه أو يبطله •

واذا كان استقلال القاضي حق له مصدره الشرع الا أن هذا الحق في جذوره وأصوله هو واجب شرعي على القاضي ، ومما يدل على أنـه في حقيقته واجب هو عدم قدرة القاضي أن يتنازل عن استقلاله في القضاء ، ولو كان حقاً خالصاً له مثل باقي الحقوق الشخصية لأمكنه التنازل عنه • فالقاضي، عليه التزام شرعي هو أن يصدرأحكامه وفق الشرع حسب اجتهاده حتى أنه لا يجوز له تقليد غيره فيما يصدره من أحكام ، فاذاكان التقليـد ممنوع عليه في الاصل فكيف يسوغ له السماح بالتدخل في عمله القضائي أو التنازل عن استقلاليته في اصدار الحكم ؟ فالقاضي اذن ملزم شرعاً أن يبقى مستقلا وحراً في اصداره الحكم حسب اجتهاده وهـــذا مـــا نريد بـ (استقلال القاضي) الذي قلنا أنه حق له وأن حقيقة وجوهر هـــذا الحق هـــو الوجـوب الشرعي على القاضي بالتمسك بهـــذا الاستقلال وعدم التفريط به •

---

(٩٠) سنن ابي داود وشرحه عون المعبود ج٧ ص٤١٧ ـ ٤١٨ •

١٠٩ـ تدخل ولي الامر في عمل القاضي معصية •

وتدخل ولي الامر في عمل القاضي معصية ، والقاعدة في الشريعة الاسلامية لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وقد جاء في الحديث الذي رواه الامام البخاري في صحيحه في باب طاعة الامراء : « السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية ، فاذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة »(٩١) •

١١٠ـ قول الفقيه اشهب في استقلال القاضي

وقد نقل عن الفقيه المالكي المعروف أشهب ، أنه قال : « من واجبات القاضي أن يكون مستخفاً بالأئمة » وقد فسرت عبارته : أي مستخفاً بتوسطاتهم في النوازل وشفاعتهم فيها وفي انفاذ الحق عليهم وعلى ذويهم ، وليس المراد أنه مستخف بحقوق الائمة في تقرير الطاعة العامة(٩٢) •

١١١ـ على القاضي ان يستقيل اذا فقد استقلاله

واذا أصر ولي الامر على التدخل في شؤون القاضي ، ولم يستطع القاضي الحفاظ على استقلاليته في اصدار الحكم وجب عليه أن يستقيل من وظيفته •

١١٢ـ الشأن في حكام المسلمين عدم التدخل في شؤون القضاء

والواقع أن ولاة أمور المسلمين العارفين بمعاني الاسلام الواقفين عند حدوده لا يتدخلون في شؤون القضاء ولا يأمرون القضاة باصدار الاحكام حسب أهوائهم ، لأن تدخلهم في شؤون القضاء على هذا الوجه معصية لله وظلم للرعية ، والشأن في ولاة الامور أنهم لا يعصون الله عن قصد واصرار واستمرار على هذا العصيان ، ولذلك كان القضاة

---

(٩١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج١٣ ص١٢١ ـ ١٢٢

(٩٢) مقاصد الشريعة الاسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص١٩٧•

في صدر الاسلام وعهوده الاولى يتمتعون باستقلال في عملهم القضائي ويحكمون حتى على الخلفاء في خصوماتهم اذا ظهر أن الحق عليهم • وبهذه الحصانة للقاضي من تدخل ولي الامر في شؤونه يطمئن الناس على حقوقهم ولا يخافون جور السلطان ولا بغي ذوي الجاه والنفوذ لأن القاضي ينصفهم منهم •

١١٣ـ اعتراض ودفعه

وقد يعترض علينا بأن الخليفة أو السلطان يملك ولاية القضاء بين الناس ، وله أن يباشر هذه الولاية فعلا وهذا يؤدي الى هدم استقلال القضاة ، ويؤدي الى جمع السلطة القضائية والسلطة التنفيذية بيد الخليفة ، وفي هذا من الخطر على حقوق الناس ما لا يمكن انكاره •

١١٤ ـ والجواب على ذلك أن الخليفة أو السلطان عندما يباشر القضاء فعلا فانه يخضع في هذه المباشرة لما يخضع له القضاة الآخرون من جهة ضوابط المرافعة ووسائل الاثبات وقواعد الحكم ، ومن هذه القواعد والضوابط عدم جواز نظر القاضي في قضية هو فيها مدعي أو مدعى عليه ، أو أحد خصومها من لا تجوز الشهادة له ••• الخ •

١١٥ ـ ثم أن كثيراً من أصحاب الحقوق والذين أصابتهم المظالم من أصحاب النفوذ والجاه ، هؤلاء يرغبون في نظر الخليفة في قضاياهم لما يرجونه من استخلاص حقوقهم بواسطته نظراً لمركز الخليفة ونفوذه وخوف الآخرين منه •

١١٦ ـ وأيضاً فان حق الخليفة في مباشرة القضاء لا يعني أن الخليفة يستعمل هذا الحق ، فان الواقع هو أن الخليفة لا تسمح له ظروفه وأعماله القيام بالقضاء ، والسوابق القديمة تؤيد ذلك •

١١٧ - ومع هذا كله يمكن القول الآن بناء على المصلحة المرسلة وسد الذرائع ، عدم جواز قيام السلطان بوظيفة القضاء دفعاً للتهمة عن نفسه وخوفاً من انحرافه الا في حالة تشكي بعض الرعية من أصحاب النفوذ في المجتمع ، فيجوز في هذه الحالة وأشباهها أن يتولى السلطان القضاء وينظر هذه الشكوى ويفصل فيها وتكون له صفة « ولي المظالم » وهي وظيفة قضائية سنتكلم عنها فيما بعد ٠

١١٨- استقلال القاضي لا يمنع ارشاده

واستقلال القاضي لا يمنع ارشاده من قبل السلطان لأن الاستقلال لا يستلزم منع الارشاد واستبعاده ، والسلطان من واجبه تفقد أحوال القضاة وفي ضوء ذلك له أن يقدم ما يراه لازماً من نصائح وارشادات في عملهم القضائي ، وقد تعتبر هذه الارشادات بمنزلة القواعد والتعليمات للقضاة ومن أمثلتها الشهيرة في تاريخ القضاء في الاسلام رسالة الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى قاضيه أبي موسى الاشعري ٠ فقد جاء فيها : « أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلي اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ٠ آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالا ، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي اليه ، فان بيّنه أعطيته بحقه وان أعجزه ذلك استحللت عليه القضية فان ذلك هو أبلغ في العذر وأجلى للعماء ٠ ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ٠ والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حدّ أو ظنيناً في ولاء أو قرابة فان الله تعالى

تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود الا بالبينات والايمان ، ثـم الفهم الفهم فيما أدلي اليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايس الامور عند ذلك واعرف الامثال ثم اعمد فيما ترى الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق • واياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة أو الخصوم فان القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله بـه الاجر ويحسن به الذكر فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله مـا بينه وبين الناس ومن تزيّن مما ليس في نفسه شانه الله ، فان الله تعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصاً » •

قال الامام ابن القيم بعد أن ذكر هذه الرسالة : وهـذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج شيء اليه والى تأمله والتفقه فيه(٩٣) •

(٩٣) اعلام الموقعين لابن القيم ج١ ص٧١ ــ ٧٢ •

المبحث الثاني
الرقابة على القاضي

١١٩- من واجب الخليفة ان يراقب القاضي :

قلنا أن الخليفة هو الذي يعين القاضي ، فالقاضي نائبه ووكيله في القيام بواجب القضاء وفصل الخصومات بين الناس بالعدل ومن حق الموكل أن يراقب نائبه أو وكيله ليتأكد من حسن قيامه بما وكله فيه وبما ينظر فيه من أمور . ثم أن من واجب الخليفة أن يراقب نوابه جميعاً من قضاة وأمراء ليطمئن الى سير أعمالهم على الوجه المشروع ، وبهذا صرح الفقهاء فقالوا : « وينبغي للامام أن يتفقد أحوال القضاة فانهم قوام أمره ورأس سلطانه ، وكذلك قاضي الجماعة فينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس وعلى الامام والقاضي الجامع لاحكام القضاء أن يسأل الثقات عنهم »(٩٤) .

١٢٠- لا تعارض بين استقلال القاضي والرقابة عليه

ولا تعارض بين استقلال القاضي وبين الرقابة عليه ، لأن استقلاله لا يستلزم عدم مراقبته ولا يمنحه الحصانة من هذه الرقابة ، ولأن القاضي يبقى نائباً للخليفة وللمنيب أن يراقب نائبه كما قلنا . ثم أن مباشرة الحقوق أو القيام بالواجبات لا تتعارض ولا تتصادم اذا قام بها أصحابها . فالقاضي اذا كان من حقه أو واجبه الاستقلال في القضاء فان من حق الخليفة أو من واجبه مراقبة القاضي ، فكل منهما يمضي في أداء واجبه ، أو في التمتع بحقه دون تصادم ما دام ذلك على الوجه المشروع ودون تعدي الحدود .

---

(٩٤) تبصرة الحكام ج١ ص٧٧ ، المواق ج٦ ص١١٤ .

١٢١- من سبل الرقابة تصفح احكام القاضي :

ويمكن أن يراقب ولي الامر أو من يخوله عمل القاضي ومدى سلامته ومدى كفاءة القاضي عن طريق النظر في أقضيته وأحكامه التي يصدرها ، فان كانت سائغة ولا تخالف الشرع لا في المضمون ولا في وسائل الاثبات فان ذلك يدل على صلاحية القاضي للعمل بوظيفته ، وان بدت على خلاف ذلك كان ذلك دليلا على عدم صلاحيته للقضاء أو في الاقل يكون بحاجة الى التنبيه والتذكير ليحسن حاله وكفاءته .

ومما يدل على أن من طرق الرقابة النظر في أحكام القاضي ما ذكرناه في الفقرة السابقة من قولهم : « وكذلك قاضي الجماعة ، فينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم » . فقولهم : « فيتصفح أقضيتهم » تعني فحص هذه الاقضية للتأكد من سلامتها ومشروعيتها باعتبار أن قاضي القضاة مرجعاً قضائياً وله علم بأمور القضاء .

١٢٢- من دواعي الرقابة الاسراع في حسم الدعاوى

ان من حاجة أصحاب الحقوق ايصالها اليهم بأسرع وقت ممكن عن طريق القضاء ، وهذا يتطلب الاسراع في حسم الدعاوى وعدم تأخير هذا الحسم بدون مبرر شرعي ، وقد يتلكأ القاضي في الحسم ويتباطىء فيه بدون مبرر ، مع أن واجبه الاسراع في الحسم حتى يصل الحق الى صاحبه بأقصر مدة ممكنة وعدم تمكين الظالم من ظلمه ولا شك أن رقابة الخليفة أو قاضي القضاة على القاضي وتذكيره بضرورة الاسراع في الحسم يؤدي عادة الى بذل الجهد المستطاع من قبل القاضي للاسراع في الحسم وفصل الخصومات وهو مطلب أكده الفقهاء وجعلوا التفريط فيه سبب كاف لعزل القاضي ، فمن أقوالهم في هذا الموضوع : « لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه » . وقولهم : « القاضي بتأخير

الحكم يأثم ويعزر ويعزل »[٩٥] •

١٢٣ـ من ثمرات الرقابة ابقاء الصالح واقصاء الفاسد

هذا وأن من ثمرات الرقابة على القضاة ، ابقاء الصالح منهم واقصاء الفاسد لأن الرقابة الجدية تكشف عن حال القاضي وسيرته ومدى كفاءته لوظيفة القضاء • فاذا تبين أن في بقائه مفسدة لعدم كفائته العلمية ، أو لعدم انصافه وعدله أو لقلة ورعه وكثرة طمعه ، أو لتأخيره الفصل في الدعاوى بدون مبرر ، أو لعدم مراعاته التسوية بين الخصوم ، وجب عزله أو ترجح أو جاز حسب دواعي ومبررات العزل ، قال الفقيه الحطاب المالكي : « ويجب تفقد الامام حال قضاته فيعزل من في بقائه مفسدة وجوباً فورياً ، ومن يخشى مفسدته استحباباً •• وان وجد الامام أفضل منه فله عزله لتولية الافضل »[٩٦] • ويبدو لي أن الاولى والافضل عدم عزل الفاضل لوجود الافضل ، بل وأرى عدم جواز عزل القاضي الفاضل المستجمع لشروط تولية القضاء في الابتداء وفي الحال بحجة وجود الافضل ، لأن هذا يؤدي الى زعزعة القضاء والقضاة ، ويمنع الاستقرار ، ويكون مبرراً لأصحاب الاهواء للايقاع بالقضاة لأتفه الاسباب بحجة وجود الأفضل ، فسداً لذريعة هذا الفساد يمنع العزل بحجة وجود الافضل • وعلى كل حال فان قول الفقيه الحطاب بجواز عزل الفاضل لوجود الافضل يكشف لنا عن مدى حرص فقهائنا على المصلحة العامة واقامة العدل بين الناس الى حد تجويزهم عزل الفاضل لوجود الافضل ، باعتبار أن الافضلية التي يتمتع بها القاضي ترجع الى كفاءته العلمية والى ورعه وحرصه على العدل ، وكل ذلك يفيد الناس ويحقق مصالحهم

(٩٥) رد المحتار ج٥ ص٤٢٣ •

(٩٦) مواهب الجليل للحطاب ج٦ ص١١٥ •

المشروعة على أساس الشرع والعدل • ولكن هـذا لا يمنـع القول بمنع العزل الذي ذهبنا اليه لما يخشى من مفاسد هذا العزل بناء على قاعدة سد الذرائع لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح •

المبحث الثالث

الشكوى من القاضي

١٢٤ـ تبرير الشكوى من القاضي

قلنا ان الغرض من الرقابة على القاضي التأكد من حسن حاله وقضائه وقيامه بواجب وظيفته على الوجه المطلوب ، ولكن قد تقصر هذه الرقابة عن الوصول الى هذا الهدف لأنها مهما كانت جدية ودائمة فلا يمكن أن تكون محيطة بجميع أحوال وتصرفات القاضي ، ومن أجل هذا فقد أجاز الفقهاء التشكي من القضاة ، فيجوز للخصوم في القضية التي ينظرها القاضي أن يتشكى أحدهم منه متهماً اياه بالانحياز الى خصمه مثلا ، أو متهماً اياه بوجود عداوة معه ، أو بوجود علاقة معينة مع خصمه تمنع من جواز قيامه بالنظر في هذه الخصومة ، كعلاقة القرابة أو المنفعة • أو يتشكى أحد الخصوم من ارتكابه الظلم في نظره في خصومته ونحو ذلك من التهم ، ولهذا فقد جاز سماع هذه الشكوى اذا رفعها المشتكي الى ولي الامر •

١٢٥ـ اجراءات سماع الشكوى والنظر فيها

فاذا رفعت هذه الشكوى الى الخليفة أو الى غيره ممن خوله الخليفة سماعها والنظر فيها ، قام بالتحقيق في هذه الشكوى والتحري عن أحوال المشكو منه والسؤال من الثقاة عنه ، فاذا ظهرت استقامته ونزاهته وكذب الشكوى ضده أبقاه في منصبه ووظيفته ، وان ظهر صدق الشكوى ضده وكانت الشكوى مما يقدح في صلاحية القاضي في البقاء في وظيفته مثل تعمده الحكم بالباطل ومخالفة الشرع عزله الخليفة(٩٧) • واذا كان الامر لا يقتضي العزل كما لو ادعى المشتكي أن بينه وبين القاضي عداوة ،

---

(٩٧) تبصرة الحكام ج١ ص٧٧ ، ٧٩ •

فيكفي في هذه الحالة ، اذا ترجح لدى المشكو عنده وجود مثل هـذه العداوة أن يأمر بنقل الدعوى الى قاض آخر •

١٢٦ـ حماية القضاة من المشتكين المبطلين

الا أنه قد يتجرأ أهل الباطل على مقـام القاضي النزيه العـادل فيشكونه بالباطل عـند ولي الامر لتجريحه والمس بكرامتـه والسعي في ايذائه ثم عزله فينبغي للخليفة أو من يخوله النظر في الشكوى من القضاة أن يدرك ذلك ويأخذ الحيطة من الشكاوى الكاذبة حماية للقاضي ورعاية لمنصبه الخطير وردعاً للمبطلين ، ولهذا قال بعض فقهاء المالكية : « لا يعزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى ضده ، لأن في عزلـه مـع اشتهار عدالته فساد للناس على قضاتهم » •

١٢٧ـ كيفية تنظيم الشكوى من القضاة :

والذي أراه في هذا المقام ، مقام الشكوى من القضاة وواجب حمايتهم من المبطلين مع اقرار مبدأ جواز الشكوى من القضاة ، أن يقوم الخليفـة ـ أو السلطة التنفيذية ـ بوضع الضوابط والقواعد والاجراءات الواجب اتباعها عند الشكوى من القضاة ، وذكر الاسباب والمبررات التي تجيـز الشكوى بحيث لا تقبل الشكوى الا لهـذه الاسباب ، مـع وضع جزاءات مناسبة في حالة ظهور كذب المشتكي كذباً بيناً واضحاً ، على أن يلاحظ في ذلك كله السهولة واليسر وعدم التعقيـد حتى تؤدي هـذه الاجراءات والقواعد غرضها المزدوج وهو :

أولا ـ امكان رفـع الشكوى ضـد القاضي عـند وجـود السبب بسهولة ويسر •

الثاني ـ حماية القاضي من المبطلين بما تضعه من أسباب معينة لامكان رفع الشكوى ، ومن جزاءات رادعة اذا ظهر كذب المشتكي •

الفصل الثامن

مسـؤولية القاضي

١٢٨ـ تمهيـد

القاضي يحكم باجتهاده ، والمجتهد يصيب ويخطىء ، وخطأه قد يصيب الناس في أموالهم ونفوسهم ، فما حكم هذا الخطأ بالنسبة لمسؤولية القاضي ؟ بمعنى هل يسأل عنه القاضي أم لا يسأل عنه ؟ واذا سئل عنه فما هي شروط هذه المسؤولية ومداها ؟ هذا ما نحاول الاجابة عليه في هذا الفصل •

١٢٩ـ لا مسؤولية في الخطأ السائغ

اذا كان خطأ القاضي في حكمه خطأ سائغاً مألوفاً في الامور الاجتهادية فان القاضي لا يسئل عنه ولا عن آثاره ، فلا يضمنه من ماله ولا يضمنه بيت المال ، قال الفقيه ابن فرحون : « ولا شيء على القاضي ، لأن خطأ السلطان في الاموال على الاجتهاد هدر »[٩٨] • ويبدو لي أن عدم مسؤولية القاضي لا تنحصر في الاموال فقط وانما تعداها الى النفوس أيضاً مادام حكمه صدر عن اجتهاد سائغ •

١٣٠ـ المسؤولية في الخطأ الفاحش

واذا كان خطأ القاضي من الخطأ الفاحش الذي لا يحتمله الاجتهاد السائغ المقبول فان القاضي يسأل عن خطأه هذا وما سبَّبه للغير من أضرار كما لو حكم بشهادة أطفال غير مميزين أو حكم بشهادة مجانين وهو يعلم أنهم مجانين[٩٩] •

---

(٩٨) تبصرة الحكام ج١ ص٩٢ •

(٩٩) الورد البسام في رياض الاحكام للشيخ عبدالعزيز الثميني ص١٠٨ ــ ١٠٩ •

١٣١ـ المسؤولية في الخطأ المتعمد

واذا كان خطأ القاضي في قضائه مرده تعمده الخطأ والجور والانحراف عن مقتضى العدل وقضى بما لا يلزم شرعاً ، واعترف بذلك أو ثبت ذلك عليه بالبينة المقبولة لزمه الضمان في ماله وعوقب بالعقوبة التي يستحقها ويعزل من وظيفته وولايته ، ولا تجوز في المستقبل ولايته للقضاء ولا شهادته حتى وان صلحت حاله وأحدث توبة لما ارتكبه في حق الله(١٠٠) .

١٣٢ـ المسؤولية في خطأ القاضي في اسباب الحكم(١٠١)

واذا أخطأ القاضي في أسباب الحكم كما لو قبل شهادة من لا تقبل شهادته لخفاء ذلك عليه ثم أصدر حكمه بناء على هذه الشهادة ، فحكم الخطأ يكون على النحو التالي :

أ ـ اذا كان المحكوم فيه حقاً من حقوق العباد وهو مال لا يزال قائماً رده القاضي الى المحكوم عليه ، وان كان هذا المال هالكاً فالضمان على المحكوم له ، لأن القاضي قضى له وعمل له فكان خطأه عليه ليكون الخراج بالضمان .

ب ـ اذا كان المحكوم فيه حقاً ليس بمال ـ كالطلاق والعتاق ـ بطل الحكم وعادت المرأة الى زوجها والعبد الى سيده .

جـ ـ واذا كان المحكوم فيه من حقوق الله تعالى الخالصة كقطع يد السارق ورجم الزاني المحصن فان الحكم لا ينفذ لأنه باطل ، أما اذا نفذ

---

(١٠٠) تبصرة الحكام ج١ ص٧٩ ، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام لعلى حيدر ج١٢ ص٥١٨ ـ ٥١٩ .

(١٠١) الكاساني في بدائع الضائع ج٧ ص١٦ ، روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ج١ ص١٥٧ ، المغني ج٩ ص٢٥٥ ـ ٥٥٦ .

فان الضمان لهما في بيت المال ، لأن القاضي فيما قضى فيه من عقاب عليهما انما عمل لمنفعة عامة المسلمين لما في هذا العقاب من زجر ، فكان خطـاه عليهم ليكون الخراج بالضمان فيؤدى هـذا الضمان من بيت مالهم ، أي من بيت مال المسلمين ولا يضمن القاضي شيئاً .

د ـ واذا كان المحكوم فيه من الحقوق التي يجتمع فيهـا الحقان ، وحق العبد فيها هو الغالب كالقصاص في القتل والجروح وقطع الاطراف فان القصاص لا يجب على القاضي لأنه مخطىء وانما تجب الدية في بيت المـال على احـدى الروايتين في المذهب الحنبلي لأن القاضي نائب عـن المسلمين ووكيل لهم ، وخطأ الوكيل في حق موكله على الموكل لا علـى الوكيل ، ولأن خطأ القاضي يكثر لكثرة تصرفاته والقضايا التي ينظرها ، فايجاب ضمان ما يخطىء فيه عليه أو على عاقلته يعتبر اجحافاً بـه وبهم فاقتضى ذلك التخفيف عنه وعنهم بجعل الدية في بيت المال . وهناك رواية ثانية في المذهب الحنبلي تجعل الدية على عاقلة القاضي مخففـة ومؤجلة لما روي أن امرأة ذُكرت عند الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنـه بسوء فأرسل اليها فاجهضت ، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنـه فشاور الصحابة فقال بعضهم لا شيء عليك انما أنت مؤدب ، وقال علـي رضي الله عنه عليك الديـة ، فقـال عمر : عزمت عليـك لا تبـرح حتى تقسمها على قومك ، يعني قريشاً ، لأنهم عاقلة عمر . وأيضاً فان ما حكم به القاضي من خطأ في القصاص يعتبر من خطأه الذي تحمله عاقلته كخطأه في غير الحكم والقضاء الا أن العاقلة لا تحمل الكفارة وتكون في مالـه . وللامـام الشافعي قولان في هـذه المسألة كالروايتين اللتين ذكرناهما في المذهب الحنبلي .

الفصل التاسع

انتهاء ولاية القاضي

١٣٣- تمهيد

ولاية القاضي في القضاء تنتهي وتزول فلا شيء في الحياة الدنيا يدوم ، فكل شيء فيها الى الفناء .. وزوال ولاية القاضي وانتهاؤها قد تكون بعزله وقد تكون بانعزاله وقد تكون باستقالته ، واذا لم يحصل واحد من هذه الاسباب زالت عنه وظيفة القضاء بالموت . وعلى هذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين (الاول) لعزله وانعزاله و (الثاني) لاستقالته .

المَبحَثُ الأوَّلُ

عزل القاضي وانعزاله

١٣٤- هل يملك الخليفة عزل القاضي ؟

اذا عين الخليفة قاضياً فهل يملك عزله متى شاء حتى مع صلاح حاله وكفاءته لوظيفة القضاء ؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القول الاول : نعم ، يجوز للخليفة أن يعزله وهذا قول الحنفية والظاهرية والمالكية ، والراجح عند الحنابلة ، والشافعية ، الا أن الشافعية قيدوا ذلك بوجود المصلحة في العزل وعدم تعين تولي القضاء على القاضي المراد عزله •

القول الثاني : ليس للخليفة عزل القاضي وهذا هو القول المرجوح عند الحنابلة والشافعية •

١٣٥- ادلة القول الاول

أولا : القاضي يستمد ولايته من عامة المسلمين ، لأنهم هم الذين أسندوا اليه ولاية القضاء فهو في الحقيقة نائبهم ووكيلهم فيها ، وما دور الخليفة في اصدار أمره بتعيين القاضي أو عقده ولاية القضاء له الا بمنزلة الرسول عن عامة المسلمين • ثم أن عامة المسلمين أذنوا للخليفة دلالة بعزل القاضي كما أذنوا له بتعيينه وتعيين من يخلف القاضي المعزول اذا ما رأى المصلحة في عزله وتعيين غيره بدله • فعزل القاضي في الحقيقة لم يتم من قبل الخليفة وانما من قبل عامة المسلمين الذين أذنوا له بذلك •

وهذه هي حجة الحنفية وتوجيههم جواز عزل القاضي ، وتكييفهم لمركز القاضي ودور الخليفة في عملية العزل(١٠٢) .

١٣٦ ـ ثانياً : ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث علياً رضي الله عنه الى اليمن قاضياً ثم صرفه عن ولاية القضاء حين حجة الوداع ولم يرجع الى اليمن بعدها . وهذا دليل حق الامام في عزل القاضي . وهذه هي حجة الظاهرية(١٠٣) .

١٣٧ ـ ثالثاً : القاضي في نظر المالكية يعتبر نائب الامام أو الخليفة الذي ولاه وظيفة القضاء ، فمركزه الشرعي مركز النائب والوكيل ، والموكل يملك عزل وكيله فكذا الخليفة يملك عزل القاضي الذي ولاه ولاية القضاء لأنه نائبه ووكيله ، وهذه هي حجة المالكية(١٠٤) . وهي أيضاً حجة الشافعية في قولهم الراجح مضيفين اليها قولهم أن عقد تقليد القضاء من العقود الجائزة لا اللازمة لأنه استنابة كالوكالة ويجوز للمنيب عزل نائبه(١٠٥) .

١٣٨ ـ رابعاً : ان الخلفاء الراشدين عزلوا قضاتهم ، فقد عزل عمر بن الخطاب قاضيه على البصرة وعين مكانه كعب بن سوار ، وولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أبا الاسود الدؤلي ثم عزله . ثم أن الخلفاء الراشدين كانوا يعهدون بولاية القضاء الى بعض أمراء الامصار ثم يعزلونهم ، فعزل القاضي الذي لا يملك الا ولاية القضاء أولى بالجواز . وأيضاً فان عزل القاضي لا ضرر فيه على الناس لأن الخليفة عادة لا يعزل

---

(١٠٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص١٦، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٧.
(١٠٣) المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٣٥ ـ ٤٣٦ .
(١٠٤) تبصرة الحكام ج١ ص٧٨ .
(١٠٥) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٨٠ ، تبصرة الحكام ج١ ص٧٨ .

قاضياً الا ويولي آخر مكانه • وهـــذه هي حجـــة الحنابلة في قولهـــم الراجح[١٠٦] •

١٣٩ـ ادلـة القـول الثاني :

أولا : أن عقد تقليـد القضـاء للقاضي انما عقده الخليفة لمصلحـة المسلمين ، فلا يملك الخليفة نقض هذا العقد بعزل القاضي مـــع صلاح حالـــه[١٠٧] •

ثانياً : أن القاضي بتقلده القضاء صار قاضياً من جهة الله تعالى فـــلا ينعزل بعزل الخليفة له • وهذه حجة الشيخ القفال رحمه الله وهو مـــن فقهاء الشافعية[١٠٨] • ويلاحظ هنا أن المقصود بكلام القفال رحمه الله ان القاضي صار قاضياً من جهة الله تعالى ، معنـاه أن القاضي يباشر القضـاء بولاية عامة المسلمين ولمصالحهم العامة • لأن مـا يضاف الى الله تعـالى في اصطلاح الفقهاء عندما يتكلمون عن الحقوق والولايات يعنون بـــه حق عامة المسلمين وما يتعلق بمصالحهم العامة • ويقرب من قول القفال قول الفقيه الرملي الشافعي رحمه الله تعالى : « ولأن الامـام انما يولي القضاء نيابة عن المسلمين »[١٠٩] •

١٤٠ـ القـول الـراجح

والراجح هو قول الجمهور ، فللخليفة الحق في عزل القاضي الذي ولاه هو أو غيره وظيفة القضاء للادلة التي ساقوها وذكرناها عنهم ، ولكن هذا الرجحان الذي نذهب اليه مقيد بوجود المصلحة الشـرعية في عزل

---

(١٠٦) المغني ج٩ ص١٠٣ ـ ١٠٤ •
(١٠٧) المغني ج٩ ص١٠٣ •
(١٠٨) ادب القاضي لابن ابي الدم ص ٤٨ •
(١٠٩) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج٨ ص٢٣٤ •

التاضي لأن تصرف الامام منوط بالمصلحة فاذا عري منها لم يجز ديانة • ولأن في عزل القاضي ـ كما يقول الفقيه ابن عرفة المالكي ـ (توهينا لحرمة القضاء)[110] • ولكن مع هذا كله لو عزل الخليفة القاضي بلا مصلحة ظاهرة كما لو عين بدله من هو أقل منه كفاءة وصلاحاً فان العزل ينفذ مع اثم الخليفة[111] •

١٤١ـ اعفاء القاضي من القضاة لبلوغه سناً معينة •

واذا تحرى الخليفة المصلحة في عزل القاضي فهل من موجبات المصلحة عزله أو اعفاؤه من وظيفة القضاء لبلوغه سناً معينة تكون قرينة على عجزه عن ممارسة القضاء ، أو يترك ذلك الى حصول العجز الفعلي المشهود الذي يبرر اعفاءه من وظيفة القضاء ؟ لم أقف على قول للفقهاء في هذه المسألة أي اني لم أجد أحداً صرح بأن بلوغ القاضي سناً معينة يقضي عزله باعتبارها قرينة على عجزه • ومع هذا ، يبدو لي أن من الممكن تعيين مثل هذه السن التي تكون قرينة على عجز القاضي عن ممارسة وظيفة القضاء مع جواز تمديدها الى مدة معينة أخرى اذا رغب القاضي واقتنع الخليفة أو من يخوله بقدرته على أعمال القضاء •

١٤٢ـ هل ينعزل القاضي بموت الخليفة او عزله ؟

والجواب أن الفقهاء جميعاً متفقون على أن موت الخليفة لا يؤدي الى انعزال القاضي ، ويعللون ذلك بأن القاضي هو ، في الحقيقة ، نائب ووكيل عن الامة لا عن الخليفة حسب التكييف الذي ذكرناه عن الحنفية لكل من مركز الخليفة والقاضي ودور الخليفة في عملية عزل القاضي • أما على رأي غير الحنفية الذين يصرحون بأن القاضي نائب ووكيل عن

---

(١١٠) مقاصد الشريعة للشيخ محمد طاهر بن عاشور ص١٩٨ •
(١١١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج٨ ص٢٣٤ •

الخليفة ، فانهم يعللون عدم انعزال القاضي بموت الخليفة بأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم عينوا قضاة في زمانهم فلم ينعزلوا بموتهم . ولا شك أن عمل الخلفاء الراشدين يمكن الاحتجاج به شرعاً لا سيما اذا لم يظهر له مخالف كما في مسألتنا هذه . ثم أن القول بانعزاله بموت الخليفة ضرر ظاهر بالمسلمين لشغور منصب القاضي الى أن يعين الخليفة الجديد قاضياً جديداً ، والضرر مرفوع في الشريعة بحكم الشريعة ، ورفعه يتم ببقاء القضاة في مناصبهم وعدم انعزالهم بموت الخليفة(١١٢) .

١٤٣ ـ ولا ينعزل القاضي اذا خلع الخليفة أو تنازل هو عن الخلافة جبراً أو رضاء واختياراً(١١٣) لأن هذا الخلع أو التنازل لا يكون أكثر من الموت ، وموت الخليفة لا يؤدي الى انعزال القاضي فكذا خلعه أو تنازله .

١٤٤ـ متى ينفذ عزل القاضي ؟

قلنا أن الراجح هو جواز عزل القاضي من قبل الخليفة لمصلحة يراها ، ولكن متى يعتبر عزل الخليفة للقاضي نافذاً ؟ هل يعتبر نافذاً من تاريخ صدور أمر العزل أم من تاريخ تبلغ القاضي به ؟

والجواب على ذلك لا يعتبر عزل القاضي نافذاً الا من تاريخ تبلغه بالعزل كما لو تسلم أمر العزل التحريري . ويترتب على ذلك أن أحكام هذا القاضي المعزول التي أصدرها بعد صدور أمر العزل وقبل تسلمه أمر العزل تعتبر صحيحة . ولا شك أن هذا القول يصون مصالح الناس(١١٤) .

---

(١١٢) المغني ج٩ ص١٠٣ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج٨ ص ٢٣٤ .

(١١٣) روضة القضاة للسمناني ج١ ص١٥١ .

(١١٤) تبصرة الحكام ج١ ص٧٧ ـ ٧٨ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٧ .

وعن الامام أبي يوسف رحمه الله تعالى : لا ينعزل وان علم بعزله وبلغه أمر العزل حتى يتقلد غيره القضاء بدلـه صيانة لحقوق العبـــاد • ولأن أبا يوسف رحمه الله تعالى اعتبر القاضي بمنزلة امام الجمعة ، وامام الجمعة اذا عزل لا ينعزل ولو بلغه أمر العزل حتى يعين بدله امام آخـر ويباشر عمله فعلا[115] • والواقع أن أساس قول الامام أبي يوسف هو رعاية مصلحة الناس وعدم ابقاء منصب القاضي شاغراً ، ولكن يمكـــن القول بانعزال القاضي اذا بلغه أمر العزل اذا كان في منطقته قاض آخـر يمكن للناس مراجعته في قضاياهم •

١٤٥ـ تغير حال القاضي واثره في عزل القاضي وانعزاله

اذا تغير حال القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه مـــن مباشرة عمل القضاء ، أو ثبوت تعمده الجور أو ثبوت تعمده مخالفة أحكام الشرع ، أو ثبوت ارتشائه ، أو ظهور عدم كفائته بكثرة أخطائه ، فانه في هذه الاحوال يستحق العزل ويتعين على الامام عزله[116] •

١٤٦ ـ ولكن هل ينعزل القاضي بنفس الفسق ونحوه من موجبات عزله اذا تحق واحد منها في القاضي أم لا ينعزل حتى يعزله الخليفة ؟

قال الفقيه المازري المالكي : الراجح عدم العزل حتى يعزله الامام • وقال غيره من فقهاء المالكية ينعزل بنفس الفسق ونحوه من موجبات العزل ولا يشترط لانعزاله عز الخليفة له[117] •

١٤٧ ـ والراجح عندي أنه ينعزل بالجنون دون توقف على صدور أمر الخليفة بعزله لأنه مع الجنون لا يحتمل بقاؤه ولا مصلحة في هـــذا

---

(١١٥) المغني ج٩ ص١٠٤ ، تبصرة الحكام ج١ ص٧٨ ـ ٧٩ •
(١١٦) تبصرة الحكام ج١ ص٧٧ وما بعدها •

البقاء ، وأما في غير الجنون من موجبات العزل ، فأرى عدم انعزاله حتى يعزله الخليفة استقراراً للاحكام ورعاية لمصلحة الناس .

١٤٨ـ انعزال القاضي بانتهاء الدعوى

اذا كان تقليد القضاء لشخص تقليداً خاصاً ليقضي في خصومة معينة وبين أطراف هذه الخصومة ، فانه ينعزل بحسم هذه الخصومة وانتهائها كما ذكرنا عند كلامنا عن ولاية القاضي(١١٨) . ولهذا لو تجددت لنفس هؤلاء الخصوم دعوى أو خصومة جديدة لم يكن للقاضي الذي نظر خصومتهم الاولى أن ينظر خصومتهم الجديدة الا بتقليد جديد أي بتعيين جديد لوظيفة القضاء لانعزاله من هذه الوظيفة بانتهاء الخصومة الاولى .

١٤٩ـ عزل للقاضي ام اجازة دراسية ؟

جاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية : « ومن حق السلطان أن ينظر الى هذا القاضي اذا مضى عليه حول فيقول : لا فساد فيك ولكن أخشى عليك أن تنسى العلم ، فعد وادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك ثانياً »(١١٩) .

والواقع أن هذا القول الوارد في الفتاوى الهندية يثير عدة أسئلة منها :

أ ـ القضاء كما نعلم هو تطبيق الفقه على وقائع الحياة عن طريق رفع هذه الوقائع الى القاضي ليحكم فيها ، وهذا الحكم يتطلب علماً وفقهاً من القاضي وتتبعاً ودراسة مستمرة منه ، لأن دعاوى الناس لا تنتهي وليست هي من نمط واحد لا سيما اذا كان القاضي ذا ولاية مطلقة في نظر دعاوى الناس ، أي ينظر الدعاوى الجزائية والمدنية ، فكيف يخاف

---

(١١٨) الفقرة ٦٨ ص٤٧ .

(١١٩) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٧ .

على مثل هذا القاضي نسيان العلم وهـو مضطر الى مذاكرته والاستزادة منه حتى يستطيع أن يحكم في القضايا المرفوعة اليه ؟

ب ــ ثم أن مضي الحول مدة قصيرة لا تكفي لنسيان القاضي للعلم حتى يجوز تسريحه من وظيفته ليدرس ويرجع •

ج ــ ثم مـا هي المـدة التي يعطاها القاضي للدراسـة والاستزادة من العلم ؟

د ــ وهذه الاجازة للدراسة هل تعتبر عزلا للقاضي، أم اجازة يحتفظ معها بوظيفته ، حتى اذا عاد بعد اتمام دراسته عاد الى وظيفته تلقائياً بمجرد اعلام الخليفة بعودته ؟ أم أن عليه أن يخبر الخليفة أو نائبه بعودته ليصدر له أمر تعيين جديد ؟

١٥٠ ــ الراجح عنـدي أن المقصـود أو المراد مـــن نص الفتاوى الهندية هو حالة أو حالات معينة ، وليس هو على العموم وبالنسبة لجميع القضاة الذين يعينهم الخليفة ، ولو كان هـــذا هـــو المقصود لصار ذلك معروفاً وشائعاً • أما هذه الحالة أو الحالات التي يتعلق بها قول الفتاوى الهندية فهي حالة ما اذا عين الخليفة قاضياً ، ثم بعد مضي سنة على تعيينه ظهر للخليفة أن في هـذا القاضي ضعفاً في كفائته العلميـة بنتيجة فحص قضاياه وأحكامه أو التحري عنه كما ذكرنا في كلامنا عن الرقابـــة على القاضي ، فمن حق السلطان في هذه الحالة أن يسرحه من وظيفة القضاء ليتفرغ للدراسة وحتى لا تشغله أعمـال وظيفته عن الدراسة الهادئـــة المستمرة المجدية • ولأنه اذا كان في حاجـة الى الاستزادة من العـلم ، وأبقي في وظيفته مع الطلب منه أن يدرس ويستزيد علماً ، فان هذا قـد يؤدي الى عدم وفائه بأعمال وظيفته وعدم وفائه بالدراسة ، وفي ذلك ضرر على الناس اذ قد يصدر فيها أحكاماً دون دراية وتأمل لانشغاله بتعليـــم نفســـه •

كما اني أرى أن تسريحه من وظيفتـه يعتبر عزلا وليس اجازة ، بدليل أنه اذا عاد صدر أمر تعيينه مجدداً وهـذا هـو المفهوم من قول الفتاوى الهندية « ... ثم عد الينا حتى نقلدك ثانياً » لأن التقليد ثانياً يعني التعيين مجدداً .

أما كيف يتأكد السلطان من اكمال القاضي دراسته وزيادة علمـه وصيرورته أهـلا للقضـاء ، فهـذا متروك للسلطان فله أن يتوسل بكل الوسائل الممكنة التي تدله على كفاءة الشخص العلمية عنـد ارادة تعيينـه للقضاء ابتداء ، وقد أشرنا اليها من قبل .

المبحث الثاني
استقالة القاضي

١٥١ـ هل للقاضي ان يستقيل ؟

قلنا ان الخليفة يملك حق عزل القاضي لأنه هو الذي عينه ، فكذلك يجوز للقاضي عزل نفسه بأن يستقيل من وظيفة القضاء ، لأن قبوله لوظيفة القضاء لا يجعلها لازمة له على نحو لا يستطيع الفكاك والخلاص منها ، لأنه بمنزلة الوكيل أو النائب عن الخليفة أو عن الامة على اختلاف التكييف لمركزه عند الخلفاء ، والوكيل له أن يستقيل من وكالته •

١٥٢ـ الافضل عدم الاستقالة

ومع قول الفقهاء أن من حق القاضي أن يستقيل ، الا أنهم قالوا الافضل أن لا يستقيل بدون عذر مشروع كالمرض أو تعذر قيامه بواجب القضاء لتدخل ولي الامر بشؤونه ، ونحو ذلك من الاعذار والاسباب الداعية الى الاستقالة ، ويعللون ذلك بأن بقاءه في الوظيفة مع قدرته على القيام بواجباتها على الوجه المشروع مصلحة مؤكدة للناس يجب أن لا يفوتها عليهم باستقالته بدون عذر مشروع ، ولكن مع هذا لو استقال فعلا لا لعجز فيه ولا لعذر مقبول فان استقالته صحيحة ونافذة لأنه يباشر حقاً له وهو حق الاستقالة باعتباره وكيلا وللوكيل حق الاستقالة كما قلنا(١٢٠) • اللهم الا اذا تعين عليه البقاء في وظيفة القضاء لعدم وجود الصالح لهذه الوظيفة ، فلا يجوز له أن يستقيل في هذه الحالة •

---

(١٢٠) بدائع الصنائع ج٧ ص١٦ ، روضة القضاة ج١ ص١٥١ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص٨١١ ، ادب القاضي لابن ابي الدم ص١٨ تبصرة الحكام ج١ ص٧٨ •

١٥٣ـ متى تعتبر الاستقالة نافذة

واذا كان للقاضي أن يستقيل من وظفته ، واستقال فعلا بأن رفع استقالته الى الخليفة الذي ولاه القضاء فمتى يعتبر مستقيلا ؟ قالوا يعتبر مستقيلا اذا سمع الخليفة استقالته أو بلغه كتاب الاستقالة ، فقد جاء في الفتاوى الهندية : « القاضي اذا قال عزلت نفسي أو أخرجت نفسي عن القضاء وسمع السلطان ينعزل . أما بدون سماع السلطان فلا وكذلك اذا كتب كتاباً الى السلطان اني عزلت نفسي ، وأتى كتاب السلطان صار القاضي معزولا »(١٢١) .

١٥٤ـ الراجح في تاريخ نفاذ الاستقالة

والذي أراه أن القاضي لا ينعزل ويعتبر مستقيلا بمجرد وصول كتاب استقالته الى الخليفة أو الجهة التي تقدم اليها الاستقالة لأن طبيعة عمل القاضي وكونه يتعلق بمصالح الناس وقضاياهم ، وأنه يعمل بولاية المسلمين ولمصلحتهم كما يقول فقهاء الحنفية ، كل ذلك يجعل وكالته عنهم من نوع خاص لا تشبه وكالة الافراد فيما بينهم ، وبالتالي يكون من الاضرار بالمصلحة العامة اعتبار القاضي مستقيلا واستقالته نافذة بمجرد رفع استقالته الى الخليفة أو إسماعه اياها شفاهاً ، وانما يجب اعتباره مستقيلا من تاريخ اخباره بقبول استقالته تحريرياً ، على أن يتم هذا الاخبار خلال مدة مناسبة من تاريخ رفعه الاستقالة مثل مدة شهر ، واذا لم يخبر القاضي خلال هذه المدة بقبول استقالته اعتبرت استقالته مقبولة في نهاية هذه المدة ، وعلى أن يكون للخليفة أو من يخوله حق رفض الاستقالة اذا وجد المبرر الشرعي مثل عدم وجود البديل للقاضي المستقيل . ولكن ينبغي أن لا يتعسف الخليفة في رفضه الاستقالة بحجة

---

(١٢١) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٧ .

عـدم تيسر من يعينـه بدلا عن القاضي المستقيل • ومن ضروب التعسف الاصرار على تعيين مثـل القاضي المستقيل في جميـع صفاته من العـلم والدراية وحسن السمعة والورع ونحو ذلك ، لأن المنظور اليه في تعيين القاضي توفر الشروط المطلوبو فيه بالحد الادنى المقبول من هذه الشروط وليس حدها الاعلى النادر الوجود •

الباب الثاني

الدعوى وأصول استماعها ووسائل اثباتها

١٥٥ـ تمهيد ومنهج البحث •

القاضي لا ينظر منازعات الناس وخصوماتهم الا اذا رفعوها اليه في دعوى طالبين الفصل فيها • والقاضي ينظر في الدعوى وفق قواعد وضوابط معينة هي التي نسميها أصول استماع الدعوى • والدعوى تثبت عند القاضي بوسائل معينة معتبرة شرعاً هي التي نسميها وسائل اثبات الدعوى أو وسائل الاثبات أو طرق الاثبات أو دلائل الاثبات •

وعلى هذا سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول :

الفصل الاول ـ الدعوى

الفصل الثاني ـ اصول استماع الدعوى

الفصل الثالث ـ وسائل اثبات الدعوى أو وسائل الاثبات

الفصل الأول

الدعـــوى

١٥٦ـ تعريف الدعـوى

الدعوى في اللغة اسم ما يدَّعى ، ودعـوى فلان كـذا أي قولـه والجمع دعاوى(١٢٢) •

والدعوى في الاصطلاح : قول مقبول عند القاضي يقصد بـه قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة ، أو دفعه عن حق نفسه(١٢٣) •

وقال صاحب المغني : الدعوى في الشرع اضافة الانسان الى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته(١٢٤) •

١٥٧ـ عناصر الدعـوى :

ومن تعريف الدعوى في الاصطلاح الشرعي يتبين لنـا أنها تستلزم وجود الامور التالية وهي عناصر الدعوى :

الاول ـ طالب الحق ويسمى المدعي •

الثاني ـ المطلوب منه الحق ويسمى المدعى عليه •

الثالث ـ الحق الذي يطلبه المدعي مـن المدعى عليـه ويسـمى المدعى به •

---

(١٢٢) المعجم الوسيط ج١ ص٤٤٦ •
(١٢٣) الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص٥٤١ •
(١٢٤) المغني لابن قدامة الحنبلي ج٩ ص٢٧١ •

الرابع ـ القول الذي يصدر من المدعي أمام القاضي لاخباره بأن له في ذمة المدعى عليه ذلك الحق الذي يطالب به • وهذا القول يسمى الدعوى •

ونذكر فيما يلي تعاريف هذه العناصر الاربعة لضرورة معرفتها •

١٥٨ـ اولاً ـ تعريف المدعي والمدعى عليه والفرق بينهما

إن معرفة المدعي والمدعى عليه والتفريق بينهما دون لبس واشتباه ، من الامور الضرورية الواجب معرفتها من قبل القاضي ومن قبل الخصوم ، حتى يمكن تطبيق الحديث النبوي الشريف « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وعلى هذا لا بد من معرفة من هو المدعي الذي عليه البينة ، ومن هو المدعى عليه الذي عليه اليمين اذا أنكر دعوى المدعي • وفي هذا المجال قيلت جملة تعاريف وضوابط لمعرفة كل منهما والتفريق بينهما •

ومما يعين على معرفة المدعي والمدعى عليه معرفة الفرق بينهما ، لا سيما وأن هذا الفرق قد يدق ويخفى ولا يظهر لأول وهلة ، اذ ليس كل طالب مدعياً وليس كل مطلوب منه مدعى عليه • ولهذا أدخل الفقهاء في تعاريفهم لهما بعض الضوابط للتفريق بينهما •

١٥٩ـ تعريف المدعي والمدعى عليه :

قيلت تعاريف كثيرة للمدعي والمدعى عليه ، منها :

أ ـ المدعي من يثبت شيئاً ، والمدعى عليه من ينفي شيئاً[١٢٥] •

ب ـ المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً ، والمدعى عليه من يدعي

---

(١٢٥) ادب القضاء لابن ابي الدم ص١٤٧ •

أمراً ظاهراً جلياً(١٢٦)

جـ ـ المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف(١٢٧) .

د ـ المدعي من اذا ترك دعواه ترك فلا يجبر عليها ، والمدعى عليه بخلافه أي يجبر عليها(١٢٨) .

هـ ـ المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو اثبات حق في ذمته ، والمدعى عليه من ينكر ذلك(١٢٩) .

١٦٧ـ ثانياً ـ تعريف المدعى بـه

المدعى به هو الحق الذي يطالب به المدعي ، فهو موضوع الدعوى. ولا خلاف بين الفقهاء أن القاضي اذا كان تقليده عاماً ، أي لـه ولاية مطلقة للنظر في جميع القضايا ، أن لهـذا القاضي الحق في نظـر كافـة الحقوق المدعى بها سواء كانت مالية أو غير مالية ، وسواء وردت هـذه الحقوق في قضايا جزائية أو مدينة . قال الفقيه ابن رشد وهو يتكلم عن مدى مـا يملكه القاضي من ولايـة الحكم ، قال : « واتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق ، كان حقاً لله أو حقاً لآدميين ، وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى »(١٣٠) .

وقال الفقيه المالقي الاندلسي : « أن للقضاة اقامة الحدود والنظـر

---

(١٢٦) ادب القضاء لابن ابي الدم ص١٥٠ .

(١٢٧) الفروق للقرافي ج٤ ص٧٥ .

(١٢٨) الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص٥٤٢ .

(١٢٩) المغني ج٩ ص٢٧١ .

(١٣٠) بداية المجتهـد لابن رشـد ج٢ ص٣٨٤ ـ ٣٨٥ ، ادب القـاضي للماوردي ج١ ص١٦٦ وما بعدها .

في جميع الاشياء من اقامة الحقوق وتغيير المنكر والنظر ق المصالح »[١٣١].

وقال الفقيه ابن فرحون نقلا عن ابن سهيل ، مرتضياً هذا المقول عنه : « اعلم أن خطة القضاء أعظم الخطط قدراً وأنها اليها المرجع في الجليل والحقير بلا تحديد وأن على القاضي مدار الاحكام واليه النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير وأنه يختص بالنظر في الجراحات والتدميات ... » . ثم قال ابن فرحون ناقلا عن بعض الفقهاء قولهم ، مرتضياً له : « وللقاضي النظر في جميع الاشياء الا في تعيين الخراج »[١٣٢] .

وقال العلامة ابن خلدون في مقدمته : « واستقر منصب القضاء آخر الامر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر في أحوال المحجور عليهم من المجانين واليتامى وأهل السفه وفي وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الايامى عند فقد الاولياء على رأي من رآه والنظر في مصالح الطرقات والابنية وتصفح الشهود »[١٣٣].

هذا واني قد أكثرت من النقول عن الفقهاء فيما ينظره القاضي ليعرف مدى سعة الحق المدعى به الذي يصلح أن يكون موضوع الدعوى. ولكن مع هذه السعة فهناك أشياء لا يمكن أن تكون موضوع دعوى وبالتالي لا يملك القاضي رؤيتها واصدار الحكم فيها وهذه هي المذكورة في الفقرة التالية .

١٦١- ما لا يصلح ان يكون مدعى بـه

لا تدخل العبادات في سلطان القاضي وولايته فلا يملك النظر فيها

(١٣١) تاريخ قضاة الاندلس للفقيه ابي الحسن النباهي المالقي الاندلسي ص ٦ .

(١٣٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٨ .

(١٣٣) مقدمة ابن خلدون ص٢٢١ .

وبالتالي لا تصلح أن تكون موضوعاً للدعوى ، أي مدعى بـه • وانما تصلح أن تكون موضوعاً للفتيا والاستفتاء ، فليس للقاضي أن يحكم أن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة ، أو أن هـذا المـاء نجس أو طاهر • ويلحق بالعبادات أسبابها ، فلا تدخل هـذه الاسباب في الدعاوى التي ينظرها القاضي ويصدر فيها الاحكام • وعلى هذا اذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد فأثبته حاكم شافعي ونادى في المدينة بالصيام ، لا يلزم ذلك الشخص الذي يتبع المذهب المالكي لأن ذلك فتيا لا حكم(١٣٤) •

١٦٢ــ ثالثاً ــ تعريف الدعـوى

القول الذي يصدر من المدعي أمام القاضي لاخباره بأن لـه حقـاً معيناً في ذمة المدعى عليه وأنه يطالبه به ويريد من القاضي الحكم له بـه على المدعى عليه ، هذا القول يسمى (الدعوى) كما ذكرنا من قبل •

١٦٣ــ صيغـة الدعـوى

لا توجد صيغة معينـة للدعوى بحيث لا تجوز الدعوى ولا تقبـل الا بها ، وانما القاعدة هنا هي : كل كلام يفيد ما قلناه في تعريف الدعوى فانه يصلح أن يكون صيغة للدعوى • ويتحقق في الكلام افادة مـا قلنـاه وبالتالي يصلح أن يكون صيغة للدعوى ، اذا تضمن الامور التالية(١٣٥) :

أولاً ــ

أن تكون عبـارة الدعـوى مشتملة على مـا يفيـد تيقن المدعـي وجزمه بثبوت ما يدعيه من حق لدى المدعى عليه ، ولهذا لو ذكر المدعي ما يفيد الشك والظن لم تصح دعواه كما لو قال أظن أن لي عنـد فـلان

---

(١٣٤) الفروق للقرافي ج٤ ص٤٨ •

(١٣٥) اصول استماع الدعوى الحقوقية تأليف الاستاذ علي حيدر افندى ص ٣ ، الاصول القضائية في المرافعات الشرعية تأليف الشيخ على قراعـة ص ١٥ ــ ١٦ •

المدعى عليه ألف دينار أو قال أشك أن لي عنده ألف دينار ، لم تصح دعواه في الحالتين ، لأن الصيغة غير صحيحة .

ثانياً ـ

أن يذكر المدعي في صيغة دعواه أنه يطالب المدعى عليه بالحق الذي يدعيه سواء كان هذا الحق ديناً أو عيناً منقولا أو عقاراً . فاذا لم يذكر ذلك في صيغة دعواه كما لو قال لي على فلان مائة درهم وسكت لم تقبل دعواه ما لم يقل : واني أطالب المدعى عليه بهذا الحق وأطلب من القاضي الحكم لي به عليه .

والسبب في لزوم ذكر المطالبة بالحق المدعى به والطلب من القاضي أن يحكم له به عليه ، هو أن الحق حق المدعي ، فما لم يطلبه لا يُطلَب له .

ثالثاً ـ

أن يذكر المدعي في دعوى العقار أن المدعى عليه هو واضع يده عليه ، لأن الخصم الذي تقام عليه الدعوى هو واضع اليد على العقار ، فما لم يذكر في صيغة دعواه ذلك لم يعلم أن المدعى عليه هو خصمه في هذه الدعوى ، وبالتالي لا يجب عليه الجواب ولا تصح هذه الدعوى .

رابعاً ـ

على المدعي أن يذكر في صيغة دعواه المتعلقة بالمنقول الموجود في يد المدعى عليه عبارة (بغير حق) ولا بد من ذكر هذه العبارة لدفع أي شك في أن هذا المنقول بيده بحق كما لو كان مرهوناً لديه فتكون يده عليه بحق فلا يكون خصماً للمدعي .

١٦٤ـ انواع الدعوى من حيث صحتها(١٣٦)

---

(١٣٦) رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٥٤٤ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٢٧ ـ ١٢٩ ، اصول استماع الدعوى الحقوقية للاستاذ علي حيدر افندي ص٤٣ ـ ٤٥ .

الدعوى من حيث صحتها وعدم صحتها أنواع، فقد تكون صحيحة اذا استجمعت شروط الصحة ، وقد تكون فاسدة اذا كانت صحيحة في أصلها الا أن في بعض أوصافها خللا • وقد تكون باطلة • فالدعوى من حيث صحتها اذن ثلاثة أنواع ، ونضيف اليها نوعاً رابعاً هي دعوى الحسبة ، لأن في هذه الدعوى لا يطلب المدعي حقاً لنفسه وانما يطالب بحق لله تعالى • ونذكر فيما يلي شيئاً عن كل نوع •

١٦٥- النوع لاالاول - الدعوى الصحية

وهي التي تحققت فيها شروط الصحة ، وأهم هذه الشروط هي :

أ - أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلا ، فلا تصح دعوى المجنون ولا الدعوى عليه ولا دعوى الصبي الذي لا يعقل ولا الدعوى عليه •

ب - أن يكون الحق المدعى به معلوماً ويدخل في ولاية القضاء وتجري عليه الاحكام •

ج - أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلا عقلا ولا عادة ، فالمستحيل العقلي كما لو ادعى أن فلاناً ابنه مع أنه أكبر سناً منه ، أي من المدعي • والمستحيل العادي كما لو ادعى فقير مشهور بالفقر أنه أقرض فلاناً المشهور بالغنى أموالا طائلة دفعة واحدة •

د - أن تكون الدعوى ملزمة للمدعى عليه بشيء على فرض ثبوتها فاذا لم تكن كذلك لا تسمع الدعوى لعدم صحتها • ومثال ذلك أن يدعي شخص بأنه فقير وأن فلاناً من سكنة محلته غني واسع الغنى ويطلب الحكم عليه بشيء من ماله • فهذه الدعوى لا تصح ولا تسمع لأنه في حالة ثبوت ادعاء المدعي لا يلزم المدعى عليه بشيء •

هـ ـ أن تكون صيغة الدعوى بالشكل الصحيح المقبول .

١٦٦ـ النوع الثاني ـ الدعـوى الفاسدة

وهي الدعوى الصحيحة أصلا الا أنهـا غير مشروعة باعتبار بعض أوصافها الخارجية كما لو كان المدعى به مجهولا . وفي هـذه الحالـة لا يردها القاضي ولا يباشر سماعها وانما يطلب من المدعي تصحيحها فاذا صححها وأزال فسادها قبلها القاضي كما لو عيّن المدعي المدعى به وأزال جهالتـه ، فاذا لـم يصلح المدعي دعواه الفاسدة ردّهـا القاضي ، ولكن لا يستلزم هذا الرد سقوط حق المدعي في اقامة الدعوى مرة ثانية ، اذ له أن يرفعها الى القاضي بعد أن يصلح دعواه لتكون صحيحة مقبولة(١٣٧) .

١٦٧ـ النوع الثالث ـ الدعوى الباطلة

وهي الدعوى غير الصحيحة أصـلا ولا يترتب عليهـا حـكم لأن اصلاحها غير ممكن ، كما لو ادعى زيـد أن فلاناً من سكنة محلته موسر وأنا فقير معسر وأطلب الحكم لي عليه بصدقة(١٣٨) .

١٦٨ـ النوع الرابع ـ دعوى الحسبة

الحسبة في اللغة الحساب . ويقـال فعله حسبة ، أي فعله مدخـراً أجره عند الله تعالى . واحتسب الاجر عند الله تعالى أي ادخره واحتسب بكذا أجراً عند الله ، أي فعله مدخراً أجره عند الله . والاسم : الحسبة ـ بكسر السين ـ وهـي الاجـر . واحتسب عليه كـذا ، أي أنكـره عليه(١٣٩) .

---

(١٣٧) اصول استماع الدعوى الحقوقية ، المرجع السابق ، ص٤٣ـ٤٤ .
(١٣٨) اصول استماع الدعوى الحقوقية ، المرجع السابق ، ص٤٤ـ٤٥ .
(١٣٩) الصحاح للجوهـري ج١ ص١١١ ـ ١١٢ ، المعجم الوسـيط ج١ ص ١٧٣ .

والحسبة في الاصطلاح ، أمر بمعروف اذا ظهر تركه ، ونهي عن منكر اذا ظهر فعله[١٤٠] •

١٦٩ ـ وفي نطاق نظام القضاء يراد بدعوى الحسبة ، تلك الدعوى التي يتقدم بها الشخص الى القاضي دون أن يطالب بها حقاً خاصاً لنفسه ، وانما يطلب بها حقاً لله تعالى ، ويكون هو مدعياً وشاهداً في آن واحد في هذه الدعوى ، كما لو ادعى شخص بأن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً وهو لا يزال يعاشرها معاشرة الازواج ويطلب التفريق بينهما •

١٧٠ ـ وانما جازت دعوى الحسبة مع عدم وجود حق خاص بالمدعي يطالب به لنفسه ، لأن الحسبة كما قلنا أمر بمعروف ونهي عن منكر ، فهي بهذا المعنى من فروض الكفاية ، وقد تتعين على الشخص المعين اذا لم يوجد غيره يستطيع القيام بها • وحيث أن بعض القضايا التي تجري فيها الحسبة تتعلق بحق الله تعالى فقط ولا تتم الحسبة فيها على الوجه المطلوب الا بصدور حكم من القاضي بشأنها ، أجاز الفقهاء للمحتسب التقدم الى القاضي بدعوى الحسبة باعتباره مدعياً وشاهداً في آن واحد لأنه يدعي بما يشهد به ولا تتم دعواه بدون شهادته • وقد غلب في استعمال الفقهاء اطلاق شاهد الحسبة دون اطلاق مدعي الحسبه على من يتقدم الى القاضي بدعوى الحسبة[١٤١] •

١٧١ ـ ومن دعاوى الحسبة دعوى التفريق بين الزوجين بسبب الطلاق أو الخلع أو الايلاء أو الظهار أو المصاهرة أو الرضاع • وكذلك

---

(١٤٠) الاحكام السلطانية للماوردي ص٩١ ، نهاية الرتبة في طلب الحسبة للشيرازي ص ٦ •

(١٤١) رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٤٦٣ •

دعوى الوقف اذا كان الوقف على الفقراء أو على المسجد ولـم يكـــن الوقف على قوم بأعيانهم •

ومن دعاوى الحسبة أيضاً دعوى النسب على رأي بعض الفقهاء • ومـن دعـاوى الحسـبة أيضـاً دعـاوى الحـدود عـدا دعـوى القذف والسرقة(١٤٢) •

(١٤٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٨٣ ـ ٨٤ ، رد المحتـار ج٥ ص ٥٤٢ •

الفصل الثاني

أصول استماع الدعوى أو أصول المرافعات

١٧٢- تمهيد

ان رفع الدعوى الى القاضي ونظره فيها والترافع أمامه بشأنها الى أن يصدر الحكم المناسب فيها ، كل ذلك يجري حسب قواعد وضوابط معينة يلتزم بها أصحاب الشأن في الدعوى كما يلتزم بها القاضي نفسه • وهذه القواعد والضوابط تسمى عادة باسم « أصول استماع الدعوى » أو « أصول المرافعات » أو « قواعد المرافعات » أو « أصول التقاضي » أو « قواعد التقاضي » وهذه الاسماء ونحوها وان تعددت فلها مسمى واحد هو مجموعة القواعد والضوابط والاصول الواجب مراعاتها من قبل أصحاب الشأن والقاضي في الدعاوى من حين رفعها الى القاضي الى حين صدور الحكم فيها •

والغرض من هذه القواعد والاصول تنظيم عملية القضاء وجعلها معروفة للمتخاصمين وعلى نحو من السهولة والوضوح وتيسير التوصل الى اظهار الحق واثباته وايصاله الى صاحبه بطريق مأمون خال من الخطأ والعثار والتطويل وبأقصر وقت ممكن قدر الامكان •

١٧٣- منهج البحث

يباشر القاضي عمله القضائي في مكان معين وفي وقت معين ، فمكان القضاء وزمانه هو المبحث الاول من مباحث الفصل • والقاضي عند جلوسه للقضاء فعلا يحضر مجلسه جملة من الاعوان والموظفين ، ويلتزم الحاضرون جميعاً بآداب معينة ما داموا يحضرون مجلس القضاء ، فمجلس

القضاء ومن يحضره هو موضوع المبحث الثاني من هـذا الفصل . ثم أن الدعوى يرفعها عادة أصحاب العلاقـة فيهـا مباشرة ، كمـا قـد يرفعهـا وكلاؤهم ، فالدعوى وكيفية رفعها هي موضوع المبحث الثالث من هـذا الفصل . وبعد رفع الدعوى تأتي مرحلة المرافعة فيها ، ولكن تسبق هـذه المرحلة في الحقيقة ، مرحلة الاعداد للمرافعة فعلا مثـل تبليـغ الخصوم بالحضور ونحو ذلك ، فمقدمات الترافع تكون موضوع المبحث الرابع من هذا الفصل . فاذا حضـر الخصوم جرت المرافعـة بحضـور الخصمين ، فالترافع بحضور الخصمين هو موضوع المبحث الخامس من هذا الفصل . ثم أن المدعى عليه قد يكون غائباً فهل تقام عليه الدعوى ؟ وكيف تجري مرافعته وهـو غائب ؟ هـذا مـا سنبحثه في المبحث السادس مـن مباحث هذا الفصل .

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا الفصل الى ستة مباحث على النحـو التـالي :

المبحث الاول ـ مكان القضاء وزمانه

المبحث الثاني ـ مجلس القضاء وآدابه ومن يحضره

المبحث الثالث ـ رفع الدعوى الى القاضي

المبحث الرابع ـ مقدمات المرافعة

المبحث الخامس ـ المرافعة بحضور الخصمين

المبحث السادس ـ المرافعة مع غياب احد الخصمين

المَبحَثُ الأوَّلُ

مكان القضاء وزمانه

١٧٤ـ اوصاف مكان القضاء

لا بد للقاضي من مكان معين معروف يباشر فيه عمله القضائي ، وهذا المكان يجب أن يكون مريحاً للقاضي وللخصوم ، ويصل اليه الناس بسهولة ويسر ، وقد ذكر الفقهاء بعض الاوصاف لمكان القاضي ، فقالوا يستحب أن يكون مكان القاضي في وسط البلد ، وفي موضع بارز ليعرفه من أراده من مستوطن أو غريب ، وأن يكون فسيحاً لا يضيق بالخصوم ولا يسرع اليهم فيه الملل ، وأن يكون مصوناً من أذى البرد والحر ومن كل ما يؤذي كالروائح الكريهة والدخان والغبار(١٤٣) ونحو ذلك كالاصوات المزعجة .

ومن أوصاف مكان القضاء أيضاً أن يكون مهيباً يناسب منصب القاضي وحرمة القضاء ، قال الفقيه الرملي الشافعي وهو يتكلم عن مكان القاضي الذي يقضي فيه : « ... ولائقاً بوظيفة القضاء التي هي أعظم المناصب وأجل المراتب بأن يكون على غاية من الحرمة والجلالة والابهة »(١٤٤) .

١٧٥ـ القضاء في بيت القاضي

وذهب الفقهاء الى جواز قيام القاضي بالقضاء في بيته عند الضرورة

---

(١٤٣) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٤٣ ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص٥٩ مغني المحتاج ج٤ ص٣٩٠ .

(١٤٤) نهاية المحتاج للرملي ج٨ ص٢٤١ .

وفي هذه الحالة يجب عليه أن يفتح أبوابها ويجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة من غير منع ولا حجاب(١٤٥) .

١٧٦- القضاء في المسجد واختلاف الفقهاء فيه :

ويجوز القضاء في المسجد على رأي كثير من الفقهاء ، فقد فعله غير واحد من السلف مثل شريح والحسن والشعبي ، وروي عن عمر وعثمان وعلي أنهم كانوا يقضون في المسجد ، وبهذا قال الامام مالك والامام أحمد بن حنبل واسحاق وابن المنذر وفقهاء الحنفية .

وقال الامام الشافعي يكره القضاء في المسجد لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى القاسم بن عبدالرحمن أن لا يقضي في المسجد ، ولأن القاضي يأتيه الذمي والحائض والجنب ، ويجري بين المترافعين وأصحاب الدعاوى لغط وتجاحد ، ولم تشيد المساجد الى مثل هذا ، بل يجب أن تصان منه .

واحتج المجيزون بأن اجماع الصحابة على جوازه . وقال الامام مالك القضاء في المسجد من أمر الناس القديم . ولأن القضاء قربة وطاعة وانصاف بين الناس فلا يكره في المسجد . وما رواه الامام الشافعي عن عمر رضي الله عنه قد روي خلافه . وأما الحائض فلها أن توكل عنها اذا احتاجت الى القضاء ، والجنب يغتسل ويدخل ، والذمي يجوز دخوله المسجد باذن من المسلم . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يجلس في مسجده مع حاجة الناس اليه للقضاء والفتيا وغير ذلك من حوائجهم ،

---

(١٤٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٣٤ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٢٠ .

وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد وربما رفعوا أصواتهم[146] •

١٧٧ـ الراجح في مسالة القضاء في المسجد •

والذي نرجحه ، قول الامام الشافعي لما قاله واحتج به ، وهذا يستلزم اعداد مكان معين للقضاء يجلس فيه القاضي ويتلقى دعاوى الناس ويحكم فيها ، ويحفظ في هذا المكان وثائق ومستمسكات وسجلات الدعاوى ، وليس من الممكن أن يكون المسجد مكاناً لذلك ، اذ لم تشيد المساجد لحفظ وثائق الناس وسجلات خصوماتهم لا سيما وقد كثرت دعاوى الناس وخصوماتهم • نعم يجوز عند الضرورة القصوى القضاء في المسجد ، وعلى أن لا يطول أمد هذه الضرورة بالسعي الحثيث لازالة أسبابها وايجاد المكان الملائم للقضاء •

١٧٨ـ اوقات القضاء وايام العطل(١٤٧)

قال الفقهاء : يجب على القاضي أن يعين أوقات جلوسه للقضاء وسماع دعاوى الناس والنظر فيها ، على أن تكون ساعات عمله غير مرهقة له • قال الامام مالك رحمه الله تعالى : « ينبغي للقاضي أن يكون جلوسه للقضاء في ساعات من النهار لأني أخاف أن يكثر من ساعات الجلوس فيخطىء ، وليس عليه أن يُتعب نفسه نهاره كله » • وقد قال بعض الفقهاء لا ينبغي أن يجلس القاضي للقضاء في أيام العيدين وما قارب

---

(١٤٦) المغني ج٩ ص٤٥ ـ ٤٦ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٩٠ ، تبصرة الحكام ج١ ص٣٤ ـ ٣٥ ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص٦٤ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٩ ـ ٣٢٠ •

(١٤٧) تبصرة الحكام ج١ ص٣٦ ، ابن مازة ج١ ص٢٥٠ ، روضة القضاة للسمناني ج١ ص١٦١ •

ذلك كيوم عرفة ويوم التروية • وكذلك يوم الجمعة على ما قاله بعض المتأخرين ، لأن القاضي ـ كما قال الفقيه ابن مازة ـ : « لا بد له من يوم يستريح فيه حتى لا يملّ أو ينظر في أموره » • وقال الفقيه السمناني : « وللقاضي أن يخص نفسه بزمان يصرفه في مصالحه وحوائجه ويعين للقضاء يوماً يكون قد صرف اليه وسعه ، وليس عليه صرف زمانه أجمع الى القضاء » • ولكن استثني من هذه الايام ـ حيث يجوز القضاء فيها ـ القضايا التي يخاف فيها الفوات ولحوق الضرر فتقتضي التعجيل فينظرها القاضي حتى في هذه الايام •

١٧٩ـ تنظيم اوقات القضاء وعطله

والواقع أن تعيين أيام عمل القاضي وساعات عمله اليومية وأيام عطله التي يتعطل فيها عن القضاء ليستريح ويتفرغ الى حوائجه وأشغاله الخاصة ، كل ذلك من الامور الاجتهادية المتروكة لولي الامر ، فهو الذي يقررها ويحددها ويعينها في ضوء مصلحة الناس وتحقيق الراحة الضرورية للقاضي ، على أن يكون الاصل والقاعدة في تحديد أيام القضاء وساعات العمل اليومية ابتداءً وانتهاءً وأيام العطل الرسمية أمراً عاماً لجميع القضاة في جميع أنحاء دار الاسلام مع جواز الاستثناء لبعض المناطق ولبعض الدعاوى اذا اقتضت الضرورة أو المصلحة ذلك •

المبحث الثاني

مجلس القضاء

١٨٠ـ من يحضر مجلس القضاء

اذا جلس القاضي للقضاء في الاوقات المحددة لعمله ، حضر مجلسه أعوانه مثل كاتبه ومترجمه وحاجبه وأهل مشورته من أهل العلم • وينبغي للقاضي أن يُجلس كاتبه بين يديه ليشاهد ما يكتب ويشافهه بما يملي عليه •

وجاء في المغني للامام ابن قدامة الحنبلي : ينبغي للقاضي أن يحضر شهوده مجلسه ، فان كان القاضي ممن يحكم بعلمه أجلسهم حيث يشاء بحيث يستطيع استدعاءهم اذا احتاج الى اشهادهم على حكمه ليشهدوا بذلك ، وان كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقرّ منهم مقرّ ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه اقراره ويشهدوا عليه بذلك(١٤٨) •

١٨١ـ حالة القاضي في مجلس القضاء

واذا جلس القاضي في مجلسه للقضاء فيجب أن يكون في حالة نفسية هادئة رضية حتى يكون مستعداً تمام الاستعداد لسماع الدعاوى وما يقدمه الخصوم من بينات ودفوع ، وبهذا جاء الحديث الشريف الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان » • فنصّ صلى الله عليه وسلم على الغضب ونبّه على ما في

---

(١٤٨) المغني ج٩ ص٥٢ ، وسيأتي فيما بعد الكلام عن حكم القاضي بعلمه

معناه ، ولهذا قال الفقهاء ينبغي أن يكون القاضي خالياً من الجوع الشديد والعطش والفرح الشديد والحزن الكثير والهم العظيم والوجع المؤلم ومدافعة الاخبثين أو أحدهما ، والنعاس ، لأن هذه الاشياء ونحوها مثل الغضب من جهة تأثيرها في حالة القاضي النفسية وحضور ذهنه لمقتضيات الدعوى واستعداده المطلوب لسماع أقوال الخصمين(١٤٩) .

١٨٢ـ سمت القاضي في مجلس القضاء

قال الفقهاء ينبغي أن يكون القاضي في مجلس القضاء غاض البصر كثير الصمت قليل الكلام ، يقصر كلامه على سؤال أو جوابه ، ولا يرفع بكلامه صوتاً الا لزجر أو تأديب ، وأن يلزم العبوس من غير غضب ، وأن يكون جلوسه بسكينة ووقار ، وأن لا يتضاحك ولا يتكلم بما لا علاقة له بأمور الدعوى التي ينظرها ، وأن لا يتشاغل بالحديث في مجلس قضائه إن أراد بذلك إجمام نفسه واراحتها وانما له أن يرفع الجلسة ويترك مجلس قضائه لفترة مناسبة اذا أراد ذلك ، أي اذا أراد اجمام نفسه واراحتها لبعض الوقت(١٥٠) .

١٨٣ـ لباس القاضي في مجلس القضاء

قال الفقهاء يجب أن يكون مجلس القضاء مهيباً وأن يكون القاضي على وضع يزيد من هيبته حتى في نوع وهيئة لباسه . قال الفقيه الماوردي ، وهو يتكلم عن لباس القاضي في مجلس الحكم : « وان كان القاضي ممازجاً لأبناء الدنيا تميز عنهم بما يزيد في هيبته من لباس

---

(١٤٩) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج١٣ ص١٣٦ـ١٣٧ المغني ج٩ ص٤٤ ـ ٤٥ ، الروض النضير ج٤ ص١١٨ ، المحلى لابن حزم ج٩ ص٣٦٥ .

(١٥٠) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٤٤ ، تبصرة الحكام ج١ ص٣٦ .

لا يشاركه غيره فيه ... وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة من القلانس والعمائم السود والطيالسة السود »[151] .

١٨٤ـ مراعاة الادب في مجلس القضاء

مجلس القضاء ليس نادياً ولا مقهى يباح فيه الكلام والتصرفات كما يشتهي الانسان ، وانما هو مكان جدّ وسكينة ووقار وقضاء وفصل بين الناس في خصوماتهم بالاخبار الملزم عن شرع الله ، فلا مجال فيه ، اذن ، للعبث والتطاول وسوء الادب والكلام القبيح من قبل الحاضرين سواء كانوا من خصوم الدعوى أو الشهود أو من غيرهم . وعلى هذا اذا صدر من أحد الخصمين ما لا يليق ولا يناسب مجلس القضاء نظر اليه القاضي شزراً تأديباً له ، وله أيضاً أن يرفع صوته عليه تأديباً له . واذا نهى القاضي أحد الخصمين عن الكلام فلم يمتثل لأمر القاضي جاز للقاضي أن يأمر أحد أعوانه باخراجه تأديباً له . واذا صدر من أحد الخصوم ما يسيء الى خصمه أو الى أحد الشهود أو الى أهل المشاورة أو الى أحد المستمعين ، أو الى القاضي نفسه ، فان من حق القاضي أن يوقع عليه عقوبة تعزيرية تناسب اساءته[152] .

١٨٥ـ ادب الخصوم في الكلام في مجلس القضاء

ولا يتكلم الخصمان الا اذا وجّه القاضي الكلام أو السؤال اليهما أو أذن لهما ، فيتكلم من أذن له القاضي بالكلام وعلى خصمه أن يستمع ولا يقاطع خصمه أثناء كلامه ، فاذا انتهى من كلامه جاز له أن يستأذن

---

(١٥١) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٤٢ ـ ٢٤٣ .

(١٥٢) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٣ ـ ٤٦ ، الحطاب ، المرجع السابق ، ج٦ ص١٠٤ .

القاضي ليتكلم أو ليرد على خصمه ، فان أذن لـه تكلم ، وان لـم يأذن لـه سكت .

والقاضي يسمع لكلام الخصمين دون ضجر ولا ملل ولا انتهـار الا أن يكون منهما لغط فينهرهما أو ينتهر اللاغط منهما[153] .

(١٥٣) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٥٤ ، ٢٥٨ .

المبحث الثالث

رفع الدعوى الى القاضي

١٨٦ـ المحكمة المختصة برفع الدعوى اليها

ترفع الدعوى الى المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، وهذه المحكمة في الاصل هي محكمة محل اقامة المدعى عليه ، وعلى هذا فان على المدعي أن يرفع دعواه الى قاضي البلد أو المحل الذي يقيم فيه عادة المدعى عليه . جاء في واقعات المفتين في الفقه الحنفي : « اذا كان في المصر قاضيان ، كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما في محلة ، والآخر في محلة أخرى ، والمدعي يريد أن يخاصمه الى قاضي محلته والآخر يأباه . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : العبرة للمدعي . وقال محمد « لا ، بل للمدعى عليه ، وعليه الفتوى » . وفي نفس الكتاب : « ولو تنازع الجندي والبلدي في قضية ، وأراد كل منهما أن يحكّم قاضيه ، فالعبرة لقاضي المدعى عليه » ولكن اذا تعلقت الدعوى بعقار أو منقول موجود في غير بلد المدعى عليه فان المحكمة المختصة بنظر الدعوى ويرفع اليها المدعي دعواه هي محكمة محل هذا الشيء من منقول أو عقار على رأي بعض فقهاء المالكية ، وقال فريق آخر من المالكية تبقى محكمة محل اقامة المدعى عليه هي المختصة بنظر الدعوى واليها ترفع ، فقد جاء في كتاب الحطاب : « اذا كان الشيء المدعى فيه غير بلد المدعى عليه ، فقال ابن الماجشون الخصومة حيث المدعى فيه . وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه »(١٥٤) .

(١٥٤) واقعات المفتين تاليف قدري افندي الحنفي ص٢١٩ ، منح الجليل لشرح مختصر خليل ج٦ ص١٤٦ ، ورد المحتار ج٥ ص٥٤٢ ، تبصرة الحكام ج١ ص٨٣ ـ ٨٤ .

١٨٧ـ رسم الدعوى(١٥٥)

وهل يلزم المدعي بدفع رسم معين ـ أي مبلغ معين من المال ـ عند رفع دعواه الى القاضي للنظر فيها واصدار الحكم المناسب فيها ؟ يبدو لي أن مرفق القضاء في دار الاسلام لا تأخذ عليه الدولة أجرة ، باعتبار أن القضاء من وظائف الخلافة الشرعية وأنه قربة من القربات ، لأن القاضي يقضي بين الناس بالحق وهو شرع الاسلام ، ويرد الظالم عن ظلمه ويوصل الحق الى مستحقه ، وهذا مما يأمر به الاسلام . وهذا الذي نذهب اليه تؤيده السوابق التاريخية ، فلم ينقل الينا أن الناس كانوا يدفعون رسماً عن دعاواهم التي يرفعونها الى القضاة ، كما أن هذا المعنى يفهم من قول الفقيه ابن مازة رحمه الله تعالى وهو يتكلم عن أجرة القسام ، قال رحمه الله : « ... وأجر القضاة في مال بيت المال ، فكذا أجر أعوانه ـ أي أعوان القاضي ـ فصار القسام بمنزلة الكاتب ، وأجر الكاتب في مال بيت المال فكذا أجر القاسم .. ثم قال : ان القضاء قربة وطاعة لله تعالى لأنه دفع الظلم عن المظلوم ، فصار القضاء نظير تعليم القرآن وتعليم الفقه ونحوهما ، ولا يجوز أخذ الاجر على هذه الاعمال فكذا على القضاء »(١٥٦) .

١٨٨ـ كيفية رفع الدعاوى والترتيب في رؤيتها

ترفع الدعاوى شفاهاً الى القاضي ، بأن يحضر أصحابها فيدخلهم الحاجب على القاضي ، الاسبق فالاسبق في الحضور فاذا دخل سأله عن

---

(١٥٥) الرسم ـ كلمة مولدة ، والمقصود به مال تفرضه الدولة لقاء خدمة من قبلها مثل رسم البريد ورسم القضاء ، المعجم الوسيط ج١ ص ٣٤٥ .

(١٥٦) ابن مازة ، المرجع السابق ، ج٤ ص١٠٤ ، روضة القضاة ج١ ص ١٧١ .

دعواه ونظر فيها • أو أن القاضي يأمر كاتبه أو غيره بكتابة أسماء أصحاب الدعاوى بتسلسل الاسبقية في الحضور ثم يدخلهم الحاجب الواحد بعد الآخر حسب تسلسل أسمائهم ، ويسأل القاضي كل داخل منهم عن دعواه وينظر فيها • فالترتيب في رؤية الدعاوى يكون بترتيب دخولهم على القاضي المبني على أساس أسبقيتهم بالحضور •

ويقول الكاساني إن عرف بلاده جرى على أن كاتب القاضي يقوم بكتابة دعاوى الناس بذكر اسم المدعي والمدعى عليه وموضوع الدعوى والشهود ويضع كل دعوى في محفظة ، ويجمع دعاوى كل شهر ومحافظها في محفظة على حدة ويقدمها للقاضي ، فيقوم القاضي بالتحري عن شهود كل دعوى وتزكيتهم تمهيداً لمرافعة الدعوى(١٥٧) •

١٨٩ - والواقع أن كيفية رؤية دعاوى الناس والترتيب في رؤيتها هي من الامور الاجتهادية ، التي تخضع الى ما يراه القاضي أو ما يراه ولي الامر في ضوء المصلحة العامة وتحقيق السهولة واليسر في نظر الدعاوى على وجه العدل • ومما لا شك فيه أن ما يحقق ذلك هو جعل أساس تقديم الدعوى الى القاضي أن تكون مكتوبة بنسختين يذكر المدعي فيهما اسمه واسم خصمه وموضوع الدعوى ووسيلة اثباته ، ثم يقدم هاتين النسختين الى القاضي فيؤشر عليهما ويوقع عليهما مؤرخة ويأمر كاتبه أو غيره بتسجيلهما • ويعتبر التسجل في سجل الدعاوى هو الاساس في ترتيب رؤية الدعاوى • واذا كانت الدولة تستوفي رسماً عن كل دعوى فيكون تأشير القاضي على عريضة الدعوى ايذاناً باستيفاء الرسم عنها • ويعتبر تاريخ استيفاء الرسم هو تاريخ تقديمها ثم يذهب

---

(١٥٧) المغني ج٩ ص٨٣ ، الكاساني ج٧ ص١٢ ، للفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٢١ •

بها صاحبها الى كاتب القاضي أو غيره ليسجل دعواه في سجل الدعاوى ، ويضع لها تاريخاً للمرافعة حسب كثرة أو قلة الدعاوى حسب توجيه القاضي • وتسلم النسخة الثانية من عريضة الدعوى الى المدعى عليه عند تبليغه بالحضور أو في مجلس القضاء •

١٩٠ـ الترتيب في نظر الدعاوى ، وتركه للضرورة

أشرنا في الفقرة السابقة ، الى كيفية رفع الدعاوى ، وأن الترتيب في رؤيتها من قبل القاضي يكون على أساس الاسبقية في حضور المدعين الى مجلس القضاء ، أو الى تسلسل أسمائهم في قائمة أسماء المدعين التي يحررها كاتب القاضي أو من يكلفه من أعوانه بكتابة أسمائهم حسب حضورهم • أو على أساس الاسبقية في كتابة دعاواهم من قبل كاتب القاضي كما ذكرناه نقلا عن الامام الكاساني •

١٩١ ـ ولكن مع التزام القاضي بهذا الترتيب في رؤية الدعاوى للمساواة بين الناس والعدل في نظر دعاواهم ، الا أن للقاضي أن يترك هذا الترتيب فيقدم دعاوى أصحاب الاعذار الذين لا يستطيعون الانتظار الى أن تأتي نوبتهم في رؤية القاضي لدعاواهم ، كالمسافرين ومن له مهمة عاجلة يخشى تضرره منها اذا تأخر نظر القاضي في قضيته الى أن يأتي دوره في نظر قضيته • ولكن صاحب المغني قيَّدَ جواز تقديم قضايا المسافرين على غيرهم وان كانوا مسبوقين بغيرهم ، بقلة عددهم ، أي عدد المسافرين ، أما اذا كانوا كثرة بحيث اذا قدم القاضي قضاياهم تضرر الآخرون ، فان القاضي لا يخرق قاعدة الترتيب في رؤية دعاوى الناس لأن الضرر لا يرفع باضرار الآخرين(١٥٨) •

---

(١٥٨) المغني ج٩ ص٨٣ ـ ٨٤ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٢١ ، تبصرة الحكام ج١ ص٤٣ •

١٩٢ـ من يرفع الدعـوى الى القاضي

الاصل أن صاحب الحق هو الذي يرفع الدعوى الى القاضي اذا كان أهلا لمباشرة هذا الحق بأن تتوافر فيه الشروط اللازمة لأن يكون مدعيـاً بأن يكون بالغاً عاقلا غير محجور عليه لسفه ونحوه •

ولكن مع هذا يجوز لصاحب الحق أن يوكل غيره ليرفع دعواه نيابة عنه الى القاضي ويترافع فيها نيابة عنه أيضاً ، وهذا النائب أو الوكيل هو المسمى بالوكيل بالخصومة •

ويشترط لصحة هذه الوكالة أن يكون صاحب الحق الموكل كامل الأهلية فان كان ناقصها أو عديمها ناب عنه في اقامة الدعوى وليّه الشرعي•

١٩٣ـ الوكيل بالخصومة

التوكيل في الخصومة لاقامة الدعوى نيابة عن المدعي أو للمترافـع عنه أو عن المدعى عليه أمام القاضي أمر جائـز ، وسـواء كانت الوكالـة بأجر أو بغير أجر ، الا أنهـا ان كانت بغير أجر ، فهي احسان ومعروف من الوكيل تلزمه اذا قبل التوكيل واستمر في الوكالة(١٥٩) •

وقد صرح الفقهـاء بجواز الوكالة في الخصومة ، فقـد قال الفقيـه السمناني : ان الوكيل اذا صحت وكالته جاز للقاضي أن يسـمع دعـواه والدعوى عليـه فيما يصح أن يتولاه لغيره ، لأن النبي صلى الله عليـه وسلم وكّل عمرو بن أمية الضمري في تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان فعقـد للنبي صلى الله عليـه وسلم عليهـا • وهـو عمل الناس في جميـع الامصـــار(١٦٠) •

١٩٤ـ توكيل الوكيل غـيره

ليس للوكيل في دعوى معينة أن يوكل غيره فيما وكل هو فيه الا أن

---

(١٥٩) تبصرة الحكام ج١ ص١٥٦ ، ١٥٨ •

(١٦٠) تبصرة الحكام ج١ ص١٥٦ ، روضة القضاة ج١ ص١٨١ •

يكون الموكل قد فوض اليه ذلك وأذن له به ، أو أن الوكيل المذكور لا يلي مثل ما وكل فيه بنفسه وعلم الموكل بذلك[١٦١] •

١٩٥ـ الجعل في الوكالة بالخصومة

والمقصود بالجعل في الوكالة في الخصومة أن يجعل الموكل لوكيله جعلا معيناً مثل كذا دينار يستحقه اذا نجحت دعواه وصدر الحكم له ، ولا يستحق شيئاً اذا لم تنجح الدعوى ولم تثبت • فهذا الاشتراط ومدى جوازه محل اختلاف بين الفقهاء ، فبعضهم أجازه مشبهاً له بمجاعلة الطبيب على البرء والشفاء ، وهذا جائز فكذا يجوز الجعل في الوكالة • وقد روي عن الامام مالك أنه كرهه ، كما روي عنه أنه أجازه ، وقد وجّه أصحاب مالك قوله بالكراهة بأن المرافعات في الدعوى قد تطول ولا يتحقق غرض الموكل الجاعل ويذهب عمل الوكيل مجاناً • ووجهوا قوله بالجواز أن الضرورة وحاجة الناس الى مثل هذه الوكالة تدعو الى جوازها[١٦٢] •

١٩٦ـ انتهاء الوكالة بالخصومة

تنتهي الوكالة بالخصومة بموت الموكل أو موت من وُكّل عليه أو عزل نفسه أو عزل من وكله أو بلوغ من وُكّل له من الصغار أو موتهم • هذا ما ذكره الفقيه السمناني رحمه الله تعالى[١٦٣] • ولكن فيما قاله شيء من التفصيل والتوضيح ، فالوكالة بالخصومة اذا تعلق بها حق الوكيل كما لو كانت بعَوض لم يكن للموكل عزل وكيله الا اذا ظهر

---

(١٦١) تبصرة الحكام ج١ ص١٥٩ •
(١٦٢) تبصرة الحكام ج١ ص١٥٨ •
(١٦٣) روضة القضاة للسمناني ج١ ص١٨١ ـ ١٨٢ •

غش الوكيل • وكذلك اذا تعلق بالوكالة حق للغير فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل وكيله • وكذلك لا ينعزل من الوكالة اذا مات الموكل وكانت الدعوى قد أوشكت على الانتهاء ، ويوشك القاضي أن يصدر الحكم ، وليس للورثة عزله في هذه الحالة(١٦٤) •

١٩٦(مكرر) رفع الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة :

قلنا في الفقرات السابقة إنَّ صاحب الحق أو وكيله أو وليه الشرعي هو الذي يرفع الدعوى الى القاضي للمطالبة بحقه ، وهذا القول يسري على الدعوى المدنية والجزائية • ولكن هل يجوز رفع الدعوى الجزائيه من قبل النيابة العامة كما يجري الآن حيث تقوم الدولة بتعيين (النائب العام) أو (المدعي العام) وتعين نواباً له وتنيط بهم ملاحقة الجرائم والمجرمين ورفع الدعاوى الجزائية عليهم والمطالبة بانزال العقاب بهم ؟ يبدو لي أنَّ الجواب بالايجاب ، لأن الجرائم أفعال محرمة شرعاً فهي معاصي وضرر بمصلحة الأفراد والمجتمع وفساد في الارض ، والشريعة الاسلامية تأمر بازالة الضرر والفساد ، فمن واجب ولي الأمر أن يتخذ كافة الوسائل المباحة لتحقيق هذا الغرض ، ومن هذه الوسائل تعيين هيأة النيابة العامة لتقوم بمهمة ملاحقة الجرائم ورفع الدعاوى على المجرمين ، وتعتبر وهي تمارس عملها هذا نائبة عن المجتمع والفرد المتضررين بالجريمة •

كما أن في كل جريمة حق لله سواء كان هذا الحق خالصاً لله أو معه حق العبد ، وحق الله ما تعلق به نفع العامة فهو حق المجتمع ، فيجوز تعيين نائب عن المجتمع ليرفع الدعوى على المجرم •

---

(١٦٤) تبصرة الحكام ج١ ص١٥٥ ــ ١٥٧ •

المبحث الرابع

مقدمات المرافعة

١٩٧ـ تمهيد :

قبل أن يباشر القاضي المرافعة فيسمع دعوى المدعي وبينته ، ودفوع المدعى عليه أو اقراره ، يقوم القاضي باحضار المدعى عليه اذا لم يحضر من تلقاء نفسه • فاذا حضر هو وخصمه مجلس القاضي لزم القاضي التسوية بينهما ، وأجلسهما أمامه والتزم الخصوم بجملة آداب ، وهذا ما نبنيه في هذا المبحث •

١٩٨ـ احضار المدعى عليه الى مجلس القضاء اذا كان في بلد القاضي :

اذا حضر المدعى عليه الى مجلس القضاء من تلقاء نفسه اجابة لطلب المدعي وكان حضوره في موعد رؤية الدعوى ، نظر القاضي في الدعوى لحضور الطرفين ، ولم يحتج الى دعوته من قبله لأنه حضر مع المدعي وحصل المقصود •

أما اذا لم يحضر المدعى عليه الى مجلس القضاء ولم يستجب لطلب المدعي بالحضور معه الى القاضي ، وتقدم المدعي الى القاضي بطلب احضار المدعى عليه ، فان القاضي يجيبه الى طلبه • والقاعدة في احضار الخصم من قبل القاضي هي « أن يدعوه بأرفق الوجوه وأجمل الاقوال لأنه يدعوه الى حكم الله ودينه » كما يقول الفقيه السمناني[١٦٥] ، وتكون هذه الدعوة له بالحضور بأساليب شتى منها : أن يرسل القاضي أحد

(١٦٥) روضة القضاة ج١ ص١٧١ •

أعوانه مع المدعي لاحضار المدعى عليه ، أو أن يختم للمدعي على طين أو شمع بخاتمه المعروف أو بكتاب من القاضي ويسلمه له ليكون علامة استدعاء القاضي للمدعى عليه اذا أراه المدعي هذه العلامة ، أو أن يجمع القاضي بين الامرين فيبعث أحد أعوانه مع المدعي مع تسليمه الختم . فاذا بلغ استدعاء القاضي المدعى عليه بالحضور الى مجلس القضاء باحدى الكيفيات التي ذكرناها ، وجب على المدعى عليه أن يحضر الى مجلس القضاء في الموعد المطلوب ، أو أن يرسل عنه وكيلا بالخصومة . واذا أراد المدعى عليه أن يسلم الحق الى المدعي حالا جاز ذلك ، وكان على المدعي أن يخبر القاضي بذلك ويتنازله عن دعواه وعن احضار المدعى عليه .

أما اذا امتنع المدعى عليه عن الحضور ولم يسلم الحق للمدعي فان القاضي بالخيار : ان شاء أن يحضره جبراً بأهل القدرة من أعوانه ، وان شاء أن يطلب من صاحب الشرطة أو من أمير البلد احضاره . فاذا تم احضاره عزره القاضي على امتناعه بما يليق به من التعزير ان لم يبين عذراً مقبولا عن تخلفه عن الحضور كالمرض ونحوه ، ثم تجري المرافعة حضورياً . ويجوز للقاضي أن لا يطلب احضار المدعى عليه جبراً اذا بلغه استدعاؤه له بالحضور ولم يحضر ، ويجري القاضي المرافعة بحقه غيابياً ويصدر الحكم وفق اجراءات معينة سنذكرها فيما بعد[١٦٦] .

١٩٩ـ حضور المراة واحضارها الى مجلس القضاء

والقاضي يحضر المرأة اذا ادعى عليها أحد بحق كما يحضر الرجل اذا كانت برزة ، فان لم تكن برزة فلا يحضرها ولكن يرسل اليها من

---

(١٦٦) روضة القضاة ج١ ص١٧٢ ـ ١٧٧ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص ٣٢٢ ، ابن ابي الدم ص٧٩ ـ ٨٠ ، ٩١ ، تبصرة الحكام ج١ ص٣٠٢ ، ابن مازة ج٢ ص٣٠٤ .

يسألها عن دعوى خصمها . أما اذا كانت هي صاحبة الحق وهي مخدرة غير برزة ، فلها أن تُعلم القاضي بأنها تريد اقامة الدعوى على خصمها وأنها تطلب من القاضي اجابة طلبها هذا ، وفي هذه الحالة يرسل القاضي اليها شاهدين وبعض الوكلاء فتوكل في ذلك ويشهد الشهود عليها . ثم يتقدم الوكيل بالدعوى نيابة عنها بما تدعيه من حق على خصمها . فان وجب عليها أداء يمين حتى يمكن القضاء به للوكيل لها فان القاضي يرسل اليها من يسأل عن ذلك ويستوفي اليمين منها ما دام اليمين يجب عليها(١٦٧) .

٢٠٠ـ احضار المدعى عليه اذا كان في غير بلد القاضي

واذا كان المدعى عليه يقيم في غير بلد القاضي ، وكان بلد المدعى عليه داخلا في ولاية القاضي وصلاحيته المكانية وليس فيه نائب له ، فان القاضي يكتب الى أمير بلد المدعى عليه لاحضاره الى مجلس القضاء في يوم المرافعة . أما اذا كان بلد المدعى عليه خارجاً عن ولاية القاضي وصلاحيته المكانية فان القاضي لا يملك سلطة احضاره بواسطة أمير البلد ، وانما له أن يجري محاكمته غيابياً اذا توافرت الشروط اللازمة لذلك كما سنذكره فيما بعد(١٦٨) .

٢٠١ـ جلوس الخصوم بين يدي القاضي

فاذا حضر الخصوم مجلس القضاء ، جلسوا بين يدي القاضي على بعد مناسب منه بحيث يستطيع أن يسمع كلامهم ويستطيعون أن يسمعوا كلامه دون حاجة الى رفع الصوت . وجلوسهم لا بد منه حتى أن

---

(١٦٧) روضة القضاة ج١ ص١٧٧ .

(١٦٨) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص١٢٣ ، ٣٢٦ ، ٣٢٨ ، تبصرة الحكام ج١ ص٨٣ ـ ٨٤ .

القاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا يسمع الجواب من المدعى عليه وهما قائمان ، بل لا بد من جلوسهما حتى يسمع كلامهما ، وبهذا جاءت السنة النبوية . فقد روى الامام أبو داود في سننه عن عبدالله بن الزبير رضي الله عنهما أنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي » . وكلمة (قضى) تعني : حكم. وأوجب . وهذا الحديث دليل على مشروعية قعود الخصوم بين يدي القاضي(١٦٩) ، بل ويدل على وجوب القعود خلافاً لما يدعيه البعض من أن وقوف الخصوم هو من آداب القضاء ومجلس القضاء . وقد أورد الفقيه الماوردي في كتابه أدب القاضي ، خبراً عن علي رضي الله عنه وفيه قوله . « بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضياً ... وفيه قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول »(١٧٠) .

والواقع أن جلوس الخصمين هو أكثر طمأنينة وراحة لهما من الوقوف لا سيما وقد تطول المرافعة فيطول وقوفهما ولا يخفى ما في ذلك من المشقة والتعب عليهما .

٢٠٢ـ التسوية بين الخصمين

القاضي مأمور بالتسوية بين الخصمين فيما يقدر عليه من أمور التسوية ومعانيها ومظاهرها ، والقاعدة هنا هي (كل شيء يقدر على التسوية بينهما فيه لا يعذر بتركه) فمن ذلك ، أن القاضي يسوي بينهما في النظرة ولين الكلام والبشاشة فلا يبتسم لأحدهما ويعبس في وجه الآخر ، ولا يظهر الاهتمام والاصغاء لأحدهما دون الآخر ، ولا يكلم

---

(١٦٩) سنن ابي داود وشرحه عون المعبود ج٩ ص٤٩٨ ـ ٤٩٩ .
(١٧٠) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٥٤ ـ ٢٥٨ .

أحدهما بلغة لا يفهمها الآخر ما دام قادراً على الكلام بلغة يفهمها الخصمان كلاهما .

ويفعل القاضي ذلك بين جميع المتخاصمين حتى أنه يجب عليه أن يسوي بين الاب وابنه ، والخليفة والرعية ، وبين المسلم وغير المسلم(١٧١) .

٢٠٣- وصية عمر بن الخطاب الى قاضيه بالتسوية بين الخصوم :

ان التسوية بين الخصمين في مجلس القضاء ، ضرورية لحسن التقاضي ، لأنها تبعث الطمأنينة في نفوس المتخاصمين وتجعلهما يتكلمان دون خوف ولا تلعثم ويقدمان كل ما عندهما من بينات ودفوع مما يعين على ظهور الحق واظهاره . ولأهمية أمر التسوية بين الخصوم ، أوصى به الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبا موسى الاشعري عندما ولاه قضاء البصرة ، فقد كتب له : « آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك »(١٧٢) .

٢٠٤- قضاة الاسلام يساوون بين الخصوم .

وقد سار قضاة الاسلام على هذا النهج السديد ، نهج التسوية بين الخصوم ، الذي أوصى به عمر بن الخطاب وغيره من الخلفاء الراشدين ، وقد حفظ لنا التاريخ نماذج ساطعة من أخذ القضاة بالتسوية بين الخصوم حتى لو كان أحدهم هو أمير المؤمنين . فقد أقام بعض الناس دعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور عند قاضي المدينة محمد بن عمران ، عندما

---

(١٧١) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٢٤ .

(١٧٢) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٤١ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج٤ ص١٤٢ .

قدم أبو جعفر حاجاً ، فاستدعاه القاضي وأجلسه مع خصومه وقضى عليه لهم وأمره بانصافهم • ولما انصرفوا قال له المنصور : جزاك الله عن دينك أحسن الجزاء • وحصل أيضاً للخليفة العباسي المهدي اذ تقدم مع خصوم له الى قاضي البصرة عبدالله بن الحسين العنبري فلما رآه القاضي مقبلا أطرق الى الارض حتى جلس المهدي مع خصومه مجلس المتحاكمين حتى انقضت المحاكمة(١٧٣) •

٤٠٥ـ لا مصلحة للقاضي في خرق مبدأ التسوية بين الخصوم

والواقع أن القاضي لا مصلحة له مطلقاً في خرق مبدأ التسوية بين الخصوم لأن وظيفته التحري عن الحق والحكم به والحرص عليه ، فهو لا يهمه ان ظهر أن الحق مع هذا الخصم أو ذاك لأن همه منصب على اظهار الحق لا على الجانب الذي يظهر له الحق ، ومن أجل هذا كان عليه أن يظهر حياده التام بين الخصمين عن طريق الالتزام الصارم بالتسوية بينهما في النظرة والنبرة ورفع الصوت وخفضه ولين الكلمة وخشونتها ، وبالالتفاتة اليهما ، واظهار الاهتمام بهما والاصغاء اليهما ، حتى لا يبدو عليه أي ميل لأحدهما دون الآخر • فليس عنده الا الدعوى ومايثبتها أو يدفعها وفي ضوء ذلك يصدر حكمه ، فلا يخاف أي خصم من حيف القاضي وقلة انصافه •

---

(١٧٣) ادب القاضي لابن ابي الدم ج١ ص٨٥ ـ ٨٦ وهامش رقم (٣) في ص ٨٦ •

المبحث الخامس

المرافعة بحضور الخصمين

٢٠٦ـ القاضي يعظ الخصمين قبل المرافعة

في اليوم المقرر لنظر الدعاوى والترافع فيها يجلس القاضي في مجلس القضاء وبين يديه رقاع الدعاوى التي ينظرها في ذلك اليوم ، ثم يدعو الخصوم حسب ترتيبهم وتسلسل تسجيل أسمائهم ، فيدخل المدعي وخصمه المدعى عليه ويجلسان أمام القاضي ، وقبل أن يسأل القاضي المدعي عن دعواه يعظ الخصمين محذراً من الخصومة بالباطل لأن الخصومة بالباطل توقع في سخط الله تعالى • ثم يأمرهما بالتؤدة والوقار ويسكن جأش المضطرب منهما ويؤمن روع الخائف •

٢٠٧ـ بدء المرافعة بسؤال القاضي المدعي عن دعواه

ثم يسأل القاضي المدعي عن دعواه ويأمر كاتبه بكتابتها في رقعة بنفس ألفاظ المدعي بلا زيادة ولا نقصان ، وهذا اذا لم يكن الكاتب قد كتب دعوى المدعي قبل دخوله مجلس القضاء ، اذ لو كان قد كتبها من قبل لما كانت حاجة في اعادة كتابتها • وكذلك اذا كان المدعي قد قدم دعواه مكتوبة وسلمها الى الكاتب ، فلا حاجة الى اعادة كتابتها في مجلس القضاء • وفي جميع الاحوال اذا ظهر للقاضي أن الدعوى فاسدة فان القاضي ينبه المدعي ويقول له دعواك هذه فاسدة فاذهب وصححها ، وهذا من القاضي على سبيل الافتاء لا القضاء • واذا كانت صحيحة مضى القاضي في نظر الدعوى والمرافعة •

٢٠٨- سؤال القاضي للمدعى عليه عن جوابه على الدعوى ٠

ثم يتوجه القاضي بالسؤال الى المدعى عليه ويقول له : ادعى عليك المدعي هذا مـا سمعته وهو كذا وكذا فماذا تجيب عنـه ؟ فاذا قال المدعى عليه أطلب نسخة من دعوى المدعي لأقرأها على مهـل وأفهمها جيـداً وأتفكر بما فيها ثم أجيب عليها ، أجابه القاضي الى طلبـه وأمر بكتابـة نسخة له من دعوى المدعي(١٧٤) وأمهله مدة مناسبة للاجابة ٠ فاذا انتهت المهلة وأحضر الجواب ، أو أن المدعى عليه ، لم يستمهل وأراد الجواب على الدعوى في الحال فلا يخلو جواب المدعى عليه من واحد من ثلاثـة أمور : اما أن يقر بما يدعيه المدعي ، واما أن ينكر ما يدعيه المدعي ، واما أن يمتنع عن الجواب فلا يقر ولا ينكـر ، ولكل واحـد من هـذه المواقف حكمه الخاص به على النحو التالي :

٢٠٩- اولا - اقـرار المدعى عليه ٠

اذا أقرّ المدعى عليه ، كتب القاضي اقراره بلفظه لا يزيد فيـه ولا ينقص منه ، وأمره بأداء ما أقرّ به ٠

٢١٠- ثانيا - انكار المدعى عليه

أما اذا أنكر المدعى عليه فان القاضي يثبت انكاره في الرقعـة التـي أثبت فيها دعوى المدعي ، على أن يكون كتابة انكاره بنفس ألفاظه بـلا زيادة ولا نقصان ٠ ثم يسـأل القاضي المدعي قائلا : هل لـك بينـة علـى دعواك ؟ فان كانت له بينة حاضرة وطلب المدعي مـن القاضي سـماعها ، سـمعها القاضي في الحال وكتب فيهـا محضراً ، وان استمهل لاحضارها أمهله القاضي المدة المناسبة ٠ وسواء قدم المدعي بينة في الحال أو بعـد

---

(١٧٤) ذكرنا في الفقرة (١٩٩) ان من الافضل تقديم الدعوى بنسختين تعطى واحدة منها الى المدعى عليه قبل المرافعة ٠

المهلة التي أعطيها ولم يطعن فيها المدعى عليه أو ادعى أن فيها مطعناً وعجز عن اثباته ثبتت الدعوى • واذا قال المدعي بعد انكار المدعى عليه وسؤال القاضي له عن بينته ، لا بينة لي ، أو قدم بينة غير مقبولة ، عرض القاضي عليه تحليف خصمه المدعى عليه اليمين ، فان طلب تحليفه حلفه القاضي ، فاذا حلف ردت دعوى المدعي ، واذا نكل المدعى عليه عن اليمين ثبتت دعوى المدعي •

ويلاحظ هنا أن المدعى عليه اذا حلف اليمين وردت دعوى المدعي فان المدعي لا يقبل منه بعد ذلك تقديم بينة ، الا أن الفقيه ابن حزم الظاهري استثنى من ذلك « تواتراً يوجب صحة العلم يقيناً أنه حلف ـ أي المدعى عليه ـ كاذباً ، فيقضى عليه بالحق أو يقر بعد أن يكون حلف فيلزمه ما أقر به(١٧٥) •

٢١١ـ ثالثاً ـ الامتناع عن الجواب

واذا امتنع المدعى عليه عن الجواب فلم يقر ولم ينكر وانما سكت ولم يجب أعتبر ناكلا ، فيقضى للمدعي ما ادعى به مع يمينه(١٧٦) •

٢١٢ـ علانية المرافعة

المرافعة بين الخصوم وسماع الدعاوى والبينات والدفوع واصدار الاحكام في الدعاوى التي انتهت مرافعاتها ، كل ذلك يجري علانية في مجلس القضاء ، ويجوز لمن يرغب من عامة الناس حضور مجلس القضاء

---

(١٧٥) المحلى لابن حزم ج٩ ص٣٧١ ، المسألة ١٧٨٢ •

(١٧٦) تبصرة الحكام ج١ ص٤٣ ـ ٤٩ ، ١٥٩ ـ ١٦٣ وادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٦١ ـ ٢٦٢ ، ابن ابي الدم ص٨٨ وما بعدها ، وابن مازة ، المرجع السابق ، ج١ ص٣١٥ وما بعدها •

لمشاهدة ذلك وكل ما يجري فيه . وهذا ، في الحقيقة ، أمر مفهوم بداهة ، فقد مرّ بنا أن كثيراً من الفقهاء أجاز القضاء في المسجد ، والمسجد محل عام للعبادة يحضره من شاء من الناس للتعبد فيه ، فلهم ، اذن ، أن يسمعوا ترافع الخصوم فيه أمام القاضي . وذكرنا أيضاً اجازة الفقهاء للقاضي أن يباشر القضاء في بيته للضرورة بشرط أن يفتح أبواب داره ويجعلها محلا عاماً أثناء قيامه بالقضاء ، حتى يدخلها من يشاء ، بل أن حضور الناس لمجلس القضاء لسماعهم ما يجري فيه من تقديم البينات والدفوع ، صار أمراً مألوفاً لا يستساغ تركه ، فقد جاء في روضة القضاة للسمناني « وقد شاهدت قاضياً على باب دار الخلافة المعظمة يقضي في دهليز باب النوبة ، والخصوم قيام بين يديه ، وأعوان الشرطة والعامة والهدهاد ـ صاحب مسائل القاضي ـ يسمعون ما يجري ويجتمعون على ذلك ولا ينكر القاضي على أحد ... وشيخنا قاضي القضاة رحمه الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجري فلا ينكر على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعاً مألوفاً يعتقد أن غيره لا يجوز »(١٧٧) .

١٢٣ـ سرية المرافعة

واذا كان الاصل في المرافعة أن تكون علانية لا خفاء فيها ويحضرها من يشاء الحضور ، فانه قد يرى القاضي المصلحة في جعلها سرية لا يحضرها أحدٌ من الناس ، بل وحتى أعوانه فتبقى مقتصرة عليه وعلى أطراف الدعوى فقط ، ويدل على هذا ما ذكره الفقهاء . فقد قال الفقيه السمناني : « وان كان الجلواز ثقة فلا بأس أن يقف يسمع ، وبعده أولى لأن الخصومة تكون في أمور ربما كانت شنعة بين الرجال والنساء أو مضحكة لا يؤمن أن يؤدي ذلك الى ما يكره »(١٧٨) . فاذا جاز ابعاد الجلواز

---

(١٧٧) روضة القضاة لسمناني ج١ ص١٣٤ .
(١٧٨) روضة القضاة ج١ ص١٣٤ .

ـ وهو من أعوان القاضي ـ عن حضور الجلسة ومرافعاتها خشية سماعه ما يكره الخصوم اذاعته وانتشاره ، فمن باب أولى جواز منع العامة من حضور المرافعة اذا رأى القاضي المصلحة الشرعية تقضي بذلك ، أو اذا طلبها الخصوم ورأى القاضي أن طلبهم مقبول.وفي الفتاوى الهندية : « واذا جلس الخصمان بين يدي القاضي ، ورأى القاضي أن يأمر صاحب المجلس ليقوم ببعد منه حتى لا يعرف ما يدور بين الخصمين وبين القاضي ... فعل ذلك . والحاصل أن القاضي يعمل ما فيه النظر في أمور الناس والاحتياط »(١٧٩) .

وهذا الكلام ، واضح الدلالة ، في أن للقاضي أن يعمل ما فيه مصلحة وما فيه احتياط ، ولا شك أن جعل المرافعة سرية لما يخشى من وقوف الناس على ما ينبغي كتمانه من أمور الدعوى والخصوم هو من النظر للخصوم ومن رعاية مصلحتهم المشروعة .

٢١٤ـ مرافعة الاعجمي

اذا ترافع الى القاضي أعجميان لا يعرف القاضي لغتهما ، أو ترافع اليه أعجمي لا يعرف لغته ، وآخر يعرف لغته ، فلا بد من مترجم عنهما . ولا يقبل القاضي الترجمة عنهما الا من اثنين عدلين عند الشافعي والحنابلة ، وعن الامام أحمد بن حنبل رواية أخرى أن الترجمة تقبل من واحد وهذا قول الامام أبي حنيفة رحمه الله ، والحجة لهذا القول أن الترجمة لا تفتقر الى لفظ الشهادة فيجزىء فيها الواحد كما هو الحال في الاخبار في الديانات . واحتج من اشترط العدد في الترجمة أنها نقل ما خفي على الحاكم اليه فيما يتعلق بالخصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ، ويفارق اخبار الديانات فانها لا تتعلق بالمتخاصمين ، أما الترجمة فانها

---

(١٧٩) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٢١ .

شهادة أو كالشهادة فتحتاج الى اثنين عدلين ، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الاقرار بالحق المدعى به ، فان كان يتعلق بالحدود والقصاص فلا بد من عدلين ذكرين ، وان لم يتعلق بها جازت الترجمة من رجل وامرأتين • وان قلنا يكفي في الترجمة واحد فلا بد من عدالته ، وعلى هذا القول ، أي الكفاية بواحد ، تقبل ترجمة المرأة بمفردها اذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة • ولا يشترط في الترجمة لفظ (أشهد)[١٨٠] •

٢١٥ـ الراجح في مسألة الترجمة

والذي نميل الى ترجيحه قبول الترجمة من واحد اذا كان حاذقاً وخبيراً في الترجمة وعدلا موثوقاً بعدالته سواء كان ذكراً أو أنثى ، لأن هذا هو الايسر والارفق بالناس ، ولأن المترجم لا عمل له سو نقل معنى كلام المدعي أو نقل معنى كلام المدعى عليه بلغة القاضي •

٢١٦ـ طلبات الخصوم اثناء المرافعة •

قد يطلب الخصوم بعض الطلبات أثناء المرافعة في الدعوى ، مثل طلب الحجز الاحتياطي ، أو تأجيل المرافعة لاحضار بينة ، أو طلب قسمة مال معين ، أو معاينة شيء تعلق به النزاع ، فما مصير هذه الطلبات ؟ الاصل أن القاضي يجيب طلبات الخصمين اذا تعلقت بالدعوى وكان لهذه الطلبات مبرر شرعي مقبول • ونتكلم فيما يلي عن طلبين (الاول) طلب الحجز الاحتياطي (والثاني) تأجيل المرافعة •

٢١٧ـ طلب الحجز الاحتياطي(١٨١)

يجوز للمدعي عند رفع الدعوى الى القاضي أو في أثناء المرافعة أن يطلب من القاضي اصدار قراره بالحجز الاحتياطي على المدعى فيه

---

(١٨٠) المغني ج٩ ص١٠٠ ـ ١٠١ •

(١٨١) تبصرة الحكام ج١ ص١٧٩ ـ ١٨١ •

موضوع الدعوى ، ويبقى هذا الحجز قائماً ونافذاً الى انتهاء المرافعة واصدار الحكم النهائي في الدعوى ، صيانة لحق المدعي من الضياع •

الا أنه يشترط لاجابة طلب المدعي بالحجز الاحتياطي وجود سبب يقوي دعواه مثل شهادة العدل أو المرجو تزكيته •

٢١٨ـ آثار الحجز الاحتياطي •

واذا صدر قرار القاضي بالحجز الاحتياطي فان آثاره تختلف باختلاف المدعى فيه الذي تعلق الحجز به على النحو التالي :

أ ـ ان كان عقاراً فان أثر الحجز فيه أن يمنع من في يده العقار من اجراء أي تصرف فيه يخرجه من حيازته له ، كما يمنع هذا الحجز من اجراء التصرفات الفعلية التي تزيل عنه هيأته وحالته الحاضرة أثناء رفع الدعوى كالبناء والهدم ونحو ذلك من دون أن ترفع يده عن العقار •

ب ـ وان كان المدعى فيه ـ موضوع الدعوى ـ الذي تعلق به الحجز حيواناً بيد المدعى عليه أو في يد غيره فان نفقة الحيوان تكون على من يستحقه أما غلته فتكون لمن هو في يده لأن هلاكه يكون عليه فتكون الغلة له لأن الغنم بالغرم • وهناك رأي آخر عند المالكية أن هلاك الحيوان يكون على من يستحقه فتكون الغلة له وتكون النفقة عليه •

جـ ـ وان كان المدعى فيه الذي تعلق به الحجز مما يسرع اليه الفساد كاللحم والفواكه الطرية وما أشبه ذلك فان القاضي يأمر أميناً يبيعه ويضع ثمنه في يد عدل يأخذه منه من يستحقه في نتيجة الدعوى •

د ـ أما العروض وسائر الاموال المنقولة التي لا يخشى عليها الفساد والتلف ، فالظاهر أنها تبقى في يد المدعى عليه الى نتيجة الدعوى ، مع اعلامه بعدم جواز التصرف فيها على نحو يتلفها أو يخرجها من حيازته لها . ويجوز ، على ما أرى ، أن يقرر القاضي ايداعها في يد أمين عدل قياساً على ما قالوه في ثمن ما يباع مما يخشى عليه التلف أنه يوضع هذا الثمن في يد عدل .

٢١٩ـ تأجيل المرافعة .

قد يؤجل القاضي المرافعة اذا رأى حاجة لهذا التأجيل ، كما لو أراد معاينة شيء له تعلق بالدعوى ، أو للتحري عن عدالة الشهود . كما أن للخصمين ، المدعي والمدعى عليه ، طلب التأجيل لاحضار بينة تؤيد الدعوى أو تدفعها . فاذا طلب التأجيل أحد الخصمين ، أجاب القاضي طلبه اذا وجد ما يبرر هذا الطلب ، فيؤجل المرافعة الى مدة مناسبة . فاذا انقضى الاجل ولم يأت من طلب التأجيل ما وعد باتيانه وطلب مهلة أخرى أجاب القاضي طلبه اذا رأى مسوغاً لذلك . وللقاضي تمديد الاجل وتكرير الامهال أكثر من مرة اذا رأى مبرراً شرعياً لذلك . أما مدة الاجل فمتروك لتقدير القاضي واجتهاده(١٨٢) .

٢٢٠ـ الآجال الالزامية

واذا كان القاضي يستطيع تأجيل المرافعة للمصلحة والحاجة حسب اجتهاده ، وأن للخصمين من حقهم أن يطلبا التأجيل لسبب يقبله القاضي ، فان هناك آجالا الزامية يجب على القاضي الاخذ بها ويجب على الخصوم قبولها . ومن هذه الآجال الالزامية ، الاجل الذي يضربه القاضي الى

---

(١٨٢) تبصرة الحكام ج١ ص١٦٦ وما بعدها .

المجنون جنوناً حادثاً فيعزل عن زوجته سنة واحدة فان شفي من جنونه خلال السنة بقيت له زوجته ، وان بقي على جنونه حكم القاضي بالتفريق بينهما وانتهت دعوى التفريق التي أقامتها الزوجة .

والمفقود اذا رفعت زوجته الدعوى الى القاضي طالبة التفريق من زوجها ، أجّل القاضي الدعوى والمرافعة فيها أربع سنوات من تاريخ العجز عن خبره بعد البحث عنه ، فان جاء خلال هذه المدة فالنكاح باقٍ والدعوى تبطل ، وان انقضت المدة ولم يأت ، حكم القاضي بالتفريق بينهما .

والمرتد اذا رفع أمره الى القاضي أجّله القاضي ثلاثة أيام فان تاب خلالها ورجع عن ردته أطلق سراحه وسقط عنه عقاب المرتد ، وان أصرّ على ردته عوقب بعقوبة المرتد(١٨٣) .

٢٢١ـ التعجيز بعد التأجيل

واذا انقضت الآجال التي ضربها القاضي بناء على طلب أحد الخصمين ولم يأت الخصم المؤجل ما وعد باتيانه ، ولم يأت بعذر يوجب له تأجيلا آخر فان القاضي يصدر قراره بتعجيز هذا الخصم ، أي اعتباره عاجزاً عن تقديم بينته التي تثبت الدعوى ان كان هو المدعي ، أو تثبت دفعه ان كان هو المدعى عليه ، ثم لا يسمع القاضي منه بعد ذلك حجة ولا بينة اذا أتى بها سواء كان هذا المُعجَّز هو المدعي أو المدعى عليه .

الا أن القاضي لا يصدر قراره بالتعجيز في ثلاث دعاوى هي : دعوى العتق ، والطلاق ، والنسب . فيجوز لمن عجز عن تقديم بينته في هذه الاشياء الثلاثة أن يقدمها اذا عثر عليها ويقبلها منه القاضي(١٨٤) .

(١٨٣) تبصرة الحكام ج١ ص١٧٤ ـ ١٧٥ .
(١٨٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٧٦ ـ ١٧٧ .

٢٢٢ـ اسقاط الدعوى موقتا

وإذا قضى القاضي على المدعي باسقاط دعواه لعدم تقديم البينة بالرغم من امهاله وتأجيل المرافعة لذلك من دون اصدار قرار بتعجيزه ، فان للمدعي الحق في رفع دعواه مرة أخرى وينظرها القاضي ويسمع بينته اذا قدمها[١٨٥] .

٢٢٣ـ ختام المرافعة

ولا يصدر القاضي حكمه في الدعوى الا بعد سماع كافة حجج الخصمين ويقرر ختام المرافعة بعد أن يقول الخصمان لم يبق لنا قول نقوله ولا حجة ندلي بها . وفي هذا يقول الامام مالك : اذا أدلى الخصمان بحجتيهما وفهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما : أبقيت لكما حجة ؟ فان قالا : لا ، حكم بينهما ثم لا يقبل منهما حجة بعد انفاذ القضاء ، أي بعد اصدار الحكم ، وان قال أحدهما أو كلاهما بقيت لي حجة ، أمهله القاضي ما لم يظهر لدده ومماطلته وتسويفه فحينئذ يقرر القاضي عجزه عن تقديم بينته أو دفعه[١٨٦] . وقال الفقيه ابن فرحون : « ولا يحكم القاضي على أحد الا بعد أن يسأله أبقيت لك حجة ؟ فيقولا : لا »[١٨٧] .

---

(١٨٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٧٦ .
(١٨٦) تبصرة الحكام ج١ ص١٦٦ .
(١٨٧) تبصرة الحكام ج١ ص٨٥ .

المبحث السادس

المرافعة مع غياب أحد الخصمين

٢٢٤- تمهيـــد

اذا رفع المدعي دعواه الى القاضي ، وفي اليوم المحدد للمرافعة ، قـد لا يحضر المدعي ، فهل يجري القاضي المرافعة بغيابـه اذا طلبهـا المدعى عليـه ؟ وقـد يحضر المدعي ولا يحضـر المدعى عليـه بالرغم من تبليغه بالحضور ، فهل يجري القاضي المرافعـة بغيابه اذا طلبهـا المدعي ؟ ثم أن المدعى عليه قد يكون خارج بلد القاضي ، فهل يمكن للمدعي أن يرفـع دعواه عليه الى هذا القاضي ويطلب مرافعته بالرغم من كونه خارج بلـد القاضي وغائبـاً عن مجلسه ؟ هـذه الحالات من غيـاب أحـد الخصمين ومدى تأثيرها في اجراء المرافعة ، هو ما نبحثه في هذا المبحث •

٢٢٥- (اولا) - المرافعة مع غياب المدعي

اذا رفع المدعي دعواه الى القاضي بأن سجلها الكاتب في سجله ، أو في رقعة على حدة ، كما أشرنا من قبل ، وفي اليوم المحدد للمرافعة لـم يحضر المدعي ، فان القاضي لا ينظـر دعواه ويتركهـا للمراجعـة ، أي لمراجعة المدعي ، ويدل على ذلك ما ذكره الفقيه الماوردي اذ قال رحمـه الله تعالى : « فلو نودي صاحب رقعـة - يعني اسم المدعي المذكور علـى رقعته - فلم يحضر ، كرر النداء ثلاثاً ، فان لم يحضر أخرجت رقعة غيره ونودي صاحبها • فان حضر صاحب الرقعة الاولى ، وقـد حضر صاحب الرقعة الثانية ، فان كان حضوره قبل الشروع في النظر بين الثاني وخصمه قدم الاول عليه وان شرع في النظر لـم يقطع النظـر واستوفاه ثم نظـر

للاول بعده •• »[188] • ويؤيد ذلك أنهم قالوا أن المدعي هـو من اذا ترك دعـواه ترك فلا يجبـر عليهـا ، وأن المدعى عليـه بخلافـه يجبـر عليها[189] • ولكن مـع هـذا يمكن القول ، أن لولي الامر ، أن ينظم مسألة ترك المدعي دعواه ، من جهة ما يترتب على ذلك من سقوط دعواه اذا لم يراجعها خلال مدة معينة ، وأن للمدعى عليه الحق في طلب سماع دفعه لدعوى المدعي لرد هذه الدعوى ، ونحو ذلك من وجوه تنظيم هذه المسألة بمـا يكفل المصلحة للجميع ويصون القضـاء من العبث والاشتغال بما لا يفيد •

٢٢٦ـ ثانيا ـ المرافعة مع غياب المدعى عليه(١٩٠)

والمدعى عليه الغائب قد يكون مقيماً في غير بلد القاضي ، أو يكون مقيماً في بلد القاضي ، ونذكر فيما يلي كيفية المرافعة في هاتين الحالتين •

٢٢٧ـ الحالة الاولى ـ المدعى عليه يقيم خارج بلد القاضي •

سبق وأن قلنا أن محكمة بلد المدعى عليه هي المختصة بنظر الدعوى التي ترفع عليه باعتبارها هي صاحبـة الصلاحيـة المكانية بالنسبة للدعوى المرفوعة على المدعى عليـه المقيم في بلدهـا الا اذا تعلقت الدعوى بشـيء موجود في بلد آخر غير بلد المدعى عليه ، ففي هذه الحالة تختص محكمة محل هذا الشيء ـ من عقار أو منقول ـ في نظر الدعوى والترافع أمامها بشأن هذه الدعوى بغض النظـر عن بلد المدعى عليـه ، على رأي بعض الفقهاء • وقـد لاحظت أن الفقهـاء ـ من غير الاحناف ـ الذين يجيزون

---

(١٨٨) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٢٩٣ ـ ٢٩٤ •
(١٨٩) الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص٥٤٢ •
(١٩٠) المغني ج٩ ص١٠٩ وما بعدها ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٣٠٢ وما بعدها ، روضة القضاة ج١ ص١٩٤ •

القضاء على الغائب – كالشافعية والحنابلة – يجيزون رفع الدعوى على الغائب أمام قاضٍ لا ولاية له على بلد هذا الغائب المدعى عليه حتى ولو كانت الدعوى لا تتعلق بشيء موجود في بلد القاضي ، محتجين بأن القاضي لا يملك الولاية على احضار المدعى عليه الغائب ، فيجوز له ، اذن ، سماع الدعوى وبينة المدعي مع غياب المدعى عليه وعدم ولاية المحكمة على بلده حفظاً لحق المدعي من الضياع ٠

٢٢٧ – واذا عرف ما ذكرناه ، فان القاضي يجوز له سماع دعوى المدعي على خصمه الغائب واجراء المرافعة ضده بالرغم من كونه يقيم في غير بلد القاضي ولا ولاية للقاضي على بلده بشرط أن تكون دعواه متعلقة بحقوق الآدميين لا بحقوق الله وأن لدى المدعي بينة على دعواه ٠

٢٢٨ – وللقاضي عند سماعه الدعوى على الغائب واجراء المرافعة مع غيابه ، خياران :

الاول – أن يسمع دعوى المدعي وبينته ويكاتب بها قاضي بلد المدعى عليه ليحكم بها ، ما دام قد وثّق هذه البينة ٠

الثاني – أن يحكم بالبينة المقبولة عنده بعد أن يسمعها ثم يكاتب قاضي بلد المدعى عليه بحكمه لتنفيذه على المدعى عليه ٠

ويلاحظ هنا أن القاضي في هذا الخيار الثاني لا يحكم للمدعي بعد سماعه بينته وقبولها الا بعد احلافه بالله – ان كان الحق بالذمة – أنه ما قبضه ولا شيئاً منه ولا أبرأه منه ولا من شيء منه ٠ وان كان الحق في عين قائمة أحلفه بالله أن ملكه عليه باقٍ ما زال عنها ولا عن شيء منها ٠ وتحليف المدعي مع بينته هو مذهب الشافعية واحدى الروايتين في المذهب الحنبلي ٠ والحجة لهذا القول هي أن المدعي يجوز أن يكون قد استوفى

حقـــه ، وأن الغائب لو كان حاضراً لأمكنه أن يدعي ايفـــاء حق المدعي ويطلب تحليفه اليمين اذا عجز عن اثبات الايفاء ، فمـع هـذا الاحتمال ، ولكون القاضي مأموراً بالاحتياط في حق الغائب فانه يحلف المدعي اليمين على عدم استيفائه حقه بالرغم من تقديمه البينة • والقول الثاني في المذهب الحنبلي هـو الاكتفـاء بقبول بينة المدعي وعـدم تحليفـه اليمين للحديث النبوي الشريف « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » والمدعي قدم البينة فلا يطالب معها باليمين ، لأنها بينة عادلة فلا تجب معها اليمين كما لو كانت البينة على المدعى عليه الحاضر •

٢٣٠ـ قـدوم الغـائب

واذا قدم الغائب قبل الحكم استدعي للحضور ، فان استمهل القاضي أمهله المدة المناسبة ليقدم دفعه ، فاذا قدم دفعه أو جرح شـهود المدعي أو ادعى الايفاء أو الابراء ، فاذا أثبت ما ادعاه بريء من الدعوى ، وان عجز عن الاثبات كان له تحليف المدعي ثم يصدر القاضي حكمه •

٢٣١ ـ أما اذا حضر الغائب بعد صدور حكم القاضي ، وقدم بينـة مقبولة تدفع دعوى المدعي فان القاضي يصدر قراره بابطال الحـكم الذي أصدره • أمـا اذا عجز المدعى عليـه من اثبات دفعـه فله تحليف المدعي اليمين ، فاذا حلف بقـي الحـكم صالحاً للتنفيـذ واذا نكل أبطل القاضي الحكم الذي أصدره وبريء المدعى عليه من الحكم •

٢٣٢ـ الحـالة الثانية ـ المدعى عليه يقيم في بلد القاضي

واذا كان المدعى عليه في بلد القاضي وبلغ بالحضور بأعوان القاضي وامتنع عن الحضور وتوارى عن الانظار وتغيب ، فان للقاضي أن يحضره جبراً ، فاذا لم يرد احضاره جبراً أو أراده ولـم يمكن هـذا الاحضـار

الجبري ، فان القاضي يجري المرافعة في الدعوى مع غياب المدعى عليه ، متبعاً الاجراءات التالية :

أ ـ يأمر أحد أعوانه بأن ينادي على باب المدعى عليه بأنه اذا لم يحضر الى مجلس القضاء يوم كذا فان القاضي سيحاكمه غيابياً ويصدر عليه حكمه .

ب ـ اذا أصرَّ المدعى عليه على عدم الحضور ، باشر القاضي المرافعة مع غياب المدعى عليه ، فيسأل المدعي عن بينته ، فان قال عندي بينة أمره القاضي بتحديد دعواه وسمع بينته ، فاذا قبل القاضي هذه البينة حكم على المدعى عليه بالمدعى به بعد النداء على بابه بأنه سيحكم عليه ، ويجري مجرى الغائب في انفاذ الحكم عليه الا أن القاضي لا يحلف المدعي انه ما استوفى الحق الذي يدعيه كما يحلفه لو كان المدعى عليه الغائب خارج بلد القاضي ، والسبب في هذا التفريق أن المتغيب في البلد الممتنع من الحضور وان عومل معاملة الغائب عن بلد القاضي الا أنه يفترق عنه بقدرته على حضور مجلس القضاء بعد أن استدعي اليه وتبلغ بالدعوى ، فيستطيع اذا حضر أن يخاصم المدعي ويطلب تحليفه ، بينما الغائب عن بلد القاضي لا يقدر على ذلك .

أما اذا قال المدعي لا بينة لي ، فان القاضي بعد أن يسمع الدعوى يعيد النداء على باب المدعى عليه ثانية بأنه سيحكم عليه بالنكول عن اليمين اذا لم يحضر . فاذا لم يحضر المدعى عليه بعد هذا النداء حكم القاضي بنكوله عن اليمين ، وردَّ اليمين على المدعي وحكم له بما ادعى به اذا حلف اليمين .

٢٣٣ـ هرب المدعى عليه بعد سماع البينة :

اذا هرب المدعى عليه بعد سماع البينة لم يؤثر هربه في الحكم ،

وكان للقاضي أن يقضي عليه وينفذ الحكم الذي يوجبه عليه اذا كانت البينة مقبولة • وان كانت مما يجب على المدعي اليمين مع البينة ، استحلف القاضي المدعي لأنه يستحلفه وان لم يطلب ذلك خصمه المدعى عليه في مواضع منها الدين على الميت والشفعة •

٢٣٤ـ تعليق وتعقيب على ما تقدم

أرى أن من الضروري اعتبار تبليغ المدعى عليه حقيقة أو حكماً أمراً لازما لا بد منه لاجراء المرافعة ، اذ بهذا التبليغ تتحقق التسوية بين مركز المدعي ومركز المدعى عليه ، والمساواة أساس العدل ، كما أن بهذه التسوية يمكن أن يدلي كل منهما بما عنده من حجج وبينات وبالتالي يكون حكم القاضي سليماً مبنياً على هذه البينات • والتبليغ حقيقة يكون باعلام المدعى عليه بالدعوى وموعد مرافعتها ، والتبليغ حكماً يكون باعلامه بالدعوى وموعد مرافعتها بوسائط النشر ، وفي الحاضر بالجرائد اليومية أو الاذاعة • وعلى هذا فاذا اشترط ولي الأمر لسماع الدعوى وسماع البينة تبليغ المدعى عليه حقيقة أو حكماً كان اشتراطه سائغاً شرعاً لا سيما وأن بعض الفقهاء كالحنفية لا يجيزون القضاء على الغائب ، فاذا تم التبليغ أمكن اجراء المرافعة غيابياً بحق المدعى عليه اذا لم يحضر المرافعة حفظاً لحقوق الناس من الضياع ، ولأنه تبلغ ولم يحضر فهو المضيع لحقه والمتسبب في عدم اسماع حجته للقاضي أو دفعه لحجة خصمه •

كما اني أرى لزوم رفع الدعوى الى محكمة بلد المدعى عليه الا اذا تعلقت الدعوى بعقار أو منقول فيجوز رفعها الى محكمة بلد هذا الشيء ، أو كانت الدعوى تتعلق بحق نشأ عن عقد أو واقعة فيجوز رفع الدعوى الى محكمة محل هذا العقد أو الواقعة مع بقاء امكان رفع الدعوى الى محكمة محل اقامة المدعى عليه •

الفصل الثالث

وسائل الاثبات

٢٣٥ـ تمهيــد

اذا رفع المدعي دعواه فان القاضي بعد أن يطلب من المدعي أن يبين دعواه يسأل المدعى عليه عما يدعيه المدعي فان أقرّ به ثبت باقراره الحق الذي يدعيه المدعي وصدر الحكم به • واذا أنكر المدعى عليه مـا يدعيه المدعي طلب القاضي من المدعي أن يقدم بينته التي يثبت بها مـا يدعيه ، كالشهود العدول مثلا ، فان قدم البينة ثبتت الدعوى وصدر الحكم بهـا ، وان عجز المدعي عن تقديم البينة عرض عليه القاضي حق تحليف خصمه اليمين فان طلب تحليفـه وحلف المدعى عليـه رد القاضي الدعوى ، وان نكل المدعى عليه عن اليمين اعتبره القاضي مقراً ضمناً وثبت عليـه الحق الذي يدعيه المدعي وصدر الحكم بـه أما بمجرد نكوله أو بعد رد اليمين على المدعي وحلفه كما سنبينه فيما بعد •

٢٣٦ ـ فوسيلة اثبات الحق الذي يدعيـه المدعي قـد تكون اقرار المدعى عليه أو بينة المدعي كشهوده العدول ، أو نكول المدعى عليه عـن حلف اليمين • وهناك وسائل أو دلائل أخرى لاثبات الحق المدعى به وان كان فيها بعض الاختلاف بين الفقهاء في مدى حجيتها في الاثبات ، وهـذه الوسائل المختلف فيهـا هي علم القاضي ، القرائن ، القسامة ، القيافـة ، القرعة • وعلى هذا سنقسم هذا الفصل الى مباحث ونخصص لكل وسيله من وسائل الاثبات مبحثاً على حدة • ثم أختم هــذا الفصل بالكلام عن تعارض البينات التي يقدمها المدعي والمدعى عليـه وذلـك في مبحث آخير على النحو التالي :

المبحث الاول ـ الاقــرار

المبحث الثاني ـ الشــهادة

المبحث الثالث ـ اليمين والنكول عنها

المبحث الرابع ـ علم القاضي

المبحث الخامس ـ القرائن

المبحث السادس ـ القسامة

المبحث السابع ـ القيافة

المبحث الثامن ـ القرعة ٠

المبحث التاسع ـ تعارض النيات

المَبحَثُ الأوَّلُ
الاقـــــرار

٢٣٧ـ تعريف الاقـرار وبيـان ماهيته

الاقرار هو الاعتراف • وعند الفقهاء هو الاخبـار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل • الا أنه ليس اخباراً محضاً وانما هو في الحقيقة اخبار من وجه وانشاء من وجه • وقد يغلب هذا الوجه على ذاك فتترتب آثار معينة على هذا الاساس ، ولهـذا لو أقرت امرأة بالزوجيـة لرجل صح هذا الاقرار وثبتت الزوجية بينهما وترتبت أحكامها وان لـم يوجد شهود وقت الاقرار ، لأن الاقرار اخبار من وجه كما قلنا ، وهـذا الوجه هو الغالب والمنظور اليه في مثالنا هذا ، ولو اعتبرناه انشاءً لما صحّ لأن النكاح لا يصح بدون شهود • ولو أقرّ لوارثه بدين وهـو مريض مرض الموت لم يصح ذلك لكونه تبرعاً في المرض فيأخـذ حكم الوصية ، ولا وصية لوارث ، وما ذلك الا لاعتبار الاقرار هنا انشاءً ولو كان اخباراً لصحّ مثل هذا الاقرار(١٩١) •

٢٣٨ـ ركـن الاقـرار

ركن الاقرار هـو اللفظ الدال على ثبوت الحق للغير علـى نفس المقر ، نحو أن يقول : لفلان عندي ألف دينار • ويقوم مقام اللفظ ويأخذ حكمه اشارة الاخرس المفهومة ، كما لو قيل للاخرس : هل تقر أنـك مدين لفلان بكذا مبلغ ؟ فيحرك رأسه حركة تدل على الاقرار والاعتراف• ويقوم مقام اللفظ أيضاً الكتابة مثل أن يكتب بيده بمحضر قوم ثم يقـول

---

(١٩١) رد المحتار ج٥ ص٥٨٨ ، الاصول القضائية في المرافعات الشـرعية للشيخ علي قراعة ص٦٢ ـ ٦٥ •

لهم اشهدوا عليّ بما فيه ، فذلك لازم له وان لم يقرأه عليهم • وكذلك لو كتب رسالة لرجل غائب أن لك عليّ كذا دينار لزمه ذلك ، فان جحده وقامت البينة أنه كتبه لزمه واعتبر ذلك منه اقراراً بما ذكره(١٩٢)•

٢٣٩ـ حجية الاقرار

لا خلاف في أن الاقرار حجة ، وقد ثبتت حجيته بالكتاب والسنة ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم •• » وشهادة الانسان على نفسه هو اقراره بالحق الذي عليه • ومن السنة النبوية الشريفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل من ماعز والغامدية اقرارهما بالزنا وعاملهما بموجبه في اقامة الحدّ عليهما • ولهذا أجمع أهل العلم على أن الاقرار حجة ، لا سيما وأن العاقل لا يقر على نفسه بشيء الا وهو صادق ، ومن ثم كان جانب الصدق في الاقرار أرجح من جانب الكذب فيصدق المقر •

٢٤٠ ـ الا أن الاقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه الى غيره فيؤاخذ به المقر وحده دون سواه لأن المقر لا ولاية له الا على نفسه(١٩٣) •

٢٤١ـ حكم الاقرار

حكم الاقرار ظهور ثبوت المقر به لا اثباته بواسطته ابتداءً ، فاذا أقرّ شخص لزيد بأن له عنده ألف دينار ، فمعنى ذلك أن هذا الاقرار كشف لنا بأن هذا الدين ثابت في ذمة المقر لزيد في الماضي بسبب من الاسباب الشرعية غير الاقرار كالقرض مثلا ، وليس الاقرار هو الذي

---

(١٩٢) تبصرة الحكام ج٢ ص٤٠ •

(١٩٣) المغني ج٥ ص١٣٧ ـ ١٣٨ ، الاصول القضائية لعلي قراعة ص٦٦ ـ ٦٧ •

أثبت هذا الدين • ومعنى ذلك أيضاً أن المقر بـه يثبت للمقر لـه بدون حاجة الى قبول منه ولا تصديق ، لأن الاقرار اخبـار وهو لا يحتـاج في ثبوته الى تصديق وقبول ، الا أن الاقرار يعتبر في حق الرد انشاء فيرتد بالرد ويبطل به(١٩٤) •

٢٤٢ ـ واذا توافرت في المقر الشروط المطلوبة لزمه ما أقر به من مال أو قصاص ولا ينفعه الرجوع الا اذا أقر بحد فله الرجوع ، كما لو أقرَّ بالزنا والسرقة ، ولكن يلزمه مال السرقة لا الحد(١٩٥) •

٢٤٣ـ شـروط صحـة الاقـرار (١٩٦)

لصحة الاقرار الذي يترتب عليه حكمه جملة شروط منها ما يتعلق بالمقر ، ومنها مـا يتعلق بالمقر بـه ، ومنها مـا يتعلق بالمقر لـه ، نذكرها فيما يلي :

٢٤٤ـ اولاً ـ شـروط المقـر

أ ـ يشترط في المقر أن يكون بالغـاً عاقلا مختاراً • وعلى هـــذا لا يصح اقرار المجنـون ولا اقرار الصبي المميز الا اذا كان مأذوناً له بالتجارة فيصح اقراره بكل مـا كان سبيله التجارة ، ولا يصح اقراره بما عـدا ذلـك • وكذلك لا يصح اقرار المكره ، قال صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتي الخطـأ والنسيان وما استكرهوا عليـه » • ولأن الاكراه دليـل على كذب المقر المكره •

---

(١٩٤) الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص٦٩ •

(١٩٥) تبصرة الحكام ج٢ ص٤١ •

(١٩٦) المغني ج٥ ص١٤١ ، الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص٧٥ وما بعدها ، تبصرة الحكام ج٢ ص٤٩ •

ب ـ ويشترط في المقر أن يكون في حالة صحو لا سكر فلا يصح اقرار السكران مطلقاً عند الجمهور ، أي سواء كان سكره بطريق مباح كما لو شرب دواءً فأسكره أو شرب المسكر مكرهاً ، أو كان سكره بطريق محظور كما لو شرب المسكر مختاراً عالماً بأنه مسكر •

وعند الحنفية ومن وافقهم يعتبر من شرب المسكر بطريق محظور بمنزلة الصاحي فيؤاخذ باقراره الا في اقراره بالردة أو بارتكابه الحدود التي هي من حقوق الله تعالى الخالصة • وكذلك الوكيل بالطلاق اذا طلق وهو سكران أو أقرَّ بأنه طلق لم يعتبر اقراره •

جـ ـ أن لا يكون المقر متهماً في اقراره لأن التهمة تخل برجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اقراره كما لو أقرَّ المريض مرض الموت لوارثه بدين فانه لا يصح ولا يجب الدين لأنه متهم فيه لجواز أنه آثر بعض الورثة على بعض بقرينة مرضه مرض الموت •

٢٤٤ـ ثانيا ـ شروط المقر به

ويشترط فيه أن لا يكون محالا عقلا أو شرعاً • فالمحال العقلي كما لو أقرَّ بأن فلاناً أقرضه مائة دينار في اليوم الفلاني وقد تبين أن فلاناً هذا قد مات قبل هذا اليوم • أو أقرَّ بأنه ابن فلان المدعي مع أنه أكبر منه سناً •

والمحال شرعاً كما لو مات شخص وترك ابناً وبنتاً وأقر الابن بأن الميراث بينهما بالسوية • فهذا اقرار باطل لا يؤاخذ به الابن ، لأن الشرع حكم بأن للذكر مثل حظ الانثيين •

٢٤٦ـ ثالثا ـ شروط المقر له

ويشترط في المقر له أن يكون ممن يثبت له الحق فان لم يكن كذلك لم يصح الاقرار له ، كما لو أقرّ لبهيمة أو لدار بشيء لم يصح اقراره وكان باطلا لأن الدار أو الدابة لا تملك المال مطلقاً • ويشترط أيضاً ان كان المقر له أهلا للاستحقاق أن لا يكذب المقر في اقراره •

٢٤٧ـ ادعاء المقر بما يبطل اقراره

قلنا ان الاقرار لا يصح من المكره وزائل العقل ، فمتى أقرّ بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله الا ببينة ، لأن الاصل عدم الاكراه ، الا أن تكون هناك قرينة على الاكراه كالقيد والحبس فيكون القول قوله مع يمينه • ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا ببينة لأن الاصل السلامة حتى يثبت غيرها ، أي حتى يثبت أنه كان زائل العقل(١٩٧) •

(١٩٧) المغني ج٥ ص١٣٩ •

المبحث الثاني

الشـــــهادة

٢٤٨ـ تمهيـــد ومنهج البحث

الشهادة هي احدى وسائل اثبات الحق المدعى بـه ، بل قال بعض الفقهاء هي « آكد الحجج والطرق لأنه لا خلاف في وجوب العمل بها في الحدود والقصاص والاموال والفروج »(١٩٨) • ولهذا فان كثيراً مـــن الفقهاء اذا أطلقوا اسم (البينـة) فانهم يريدون بهـــذا الاسم (البينـة) الشهادة باعتبار أنها أظهر من غيرها في اظهار الحق واثباته •

وحيث أن مواضيـع الشـهادة كثيرة ومتشعبة ، ولغرض الاحاطـة بمعالمها البارزة بسهولة ووضوح فقد رأيت جعل هـــذا المبحث في مطالب على النحو التالي :

المطلب الاول ـ تعريف الشهادة وتحملها وادائها

المطلب الثاني ـ شـروط الشاهد

المطلب الثالث ـ نصاب الشـهادة

المطلب الرابع ـ مسؤولية الشـاهد

---

(١٩٨) روضة القضاة وطريق النجاة ج١ ص١٩٦ •

المطلب الأول

تعريف الشهادة وتحملها وأداؤها

٢٤٩ـ تعريف الشهادة

الشهادة في اصطلاح الفقهاء اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لاثبات حق على الغير • وتسمى (البينة) لأنها تبين ما في النفس وتكشف الحق فيما اختلف فيه[١٩٩] •

٢٥٠ـ حكم تحمل الشهادة وادائها

تحمل الشهادة وأداؤها من فروض الكفاية ، لقوله تعالى : « ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا » • وقوله تعالى : « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » • ولأن الشهادة أمانة فيلزم أداؤها كسائر الامانات • فان قام بتحمل الشهادة وأدائها اثنان سقط الفرض عن الجميع ، وان امتنع الكل عن ذلك أثموا ، وانما يأثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فان كان عليه ضرر من التحمل أو الاداء ، أو كان ممن لا تقبل شهادته لم يلزمه ذلك لقوله تعالى : « ولا يضار كاتب ولا شهيد » ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » ولأن المسلم لا يلزمه أن يضر نفسه لينفع غيره • واذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه تحمل الشهادة لأن مقصود الشهادة لا يحصل به • واذا لم يكن عليه ضرر في تحمل الشهادة ، وشهادته تقبل ودعي الى تحملها وامتنع ، فهل يأثم بامتناعه اذا وجد غيره ممن يمكنه تحمل الشهادة ؟ وجهان عند

---

(١٩٩) المغني ج٩ ص١٤٧ ، الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص١٤٤ ـ ١٤٥ •

الحنابلة : (أحدهما) يأثم لأنه قد تعين عليه تحمل الشهادة بدعائه الى تحملها ولأنه منهي عن الامتناع لقوله تعالى : « ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا » • (والوجه الثاني) لا يأثم لوجود غيره فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع(٢٠٠) •

٢٥١ – ولا يجوز كتم الشهادة اذا دُعي الشاهد لأدائها من قبل من له علاقة بها ، لأن عدم استجابته لأداء الشهادة اذا ما دُعي لها ، يعتبر امتناعاً منه عن أداء الشهادة ، وهذا الامتناع بمنزلة كتم الشهادة ، وكتم الشهادة بلا عذر كبيرة من الكبائر يجب على المسلم أن لا يقع فيها ، وقد روى ابن حجر الهيتمي في زواجره حديثاً ، قال عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قاله ، ورواه عنه الطبراني ، وهذا الحديث هو « من كتم شهادة اذا دُعي اليها كان كمن شهد بالزور »(٢٠١) •

٢٥٢– شروط قبول الشهادة وكيفية ادائها(٢٠٢)

يشترط لقبول الشهادة جملة شروط هي :

أولا – توافر شروط معينة في الشاهد سنذكرها فيما بعد •

ثانياً – تقدم الدعوى بالحق المشهود به •

ثالثاً – طلب المدعي أداء الشهادة من الشاهد •

رابعاً – اذن القاضي للشاهد بأداء شهادته •

---

(٢٠٠) المغني ج٩ ص١٤٦ – ١٤٧ ، المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٢٩ •
(٢٠١) الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر الهيتمي ج٢ ص١٦١ •
(٢٠٢) المغني ج٩ ص٨٧ – ٨٨ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص١٢٥ ، بدائع الضائع ج٧ ص١٠ ، تكملة المجموع شرح المهذب ج١٨ ص٣٧ المحلى لابن حزم ج٩ ص٣٣٤ ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص٣٥٢ – ٣٥٤ ، تبصرة الحكام ج١ ص٤٩ – ٥١ •

خامساً ـ نطق الشاهد بكلمة « أشهد » في مستهل شهادته ولا يقوم غيرها مقامها كقوله « أعلم » أو أتحقق • وقال الفقيه ابن حزم لا يشترط ذلك فلو قال الشاهد للقاضي أنـا أخبرك أو أنـا أقول لك أو أنا أعلم ولم يقل أشهد فكل ذلك سواء وكـل ذلك شهادة •

سادساً ـ أن يقتصر الشاهد في شهادته على ما ادعاه المدعي •

سابعاً ـ أن يؤدي الشاهد ما تحمله من الشهادة مصرحاً به بلفظه ، فلا يقبل من الشاهد أن يقول : أشهد بمثل ما شهد بـه هذا الشاهد ، بل لا بد من تصريحه هو بما تحمله وقت أدائـه الشهادة •

ثامناً ـ أن ينقل الشاهد مـا سمعه أو رآه الى القاضي من اقرار أو بيع أو اتلاف أو قبض أو غير ذلك ، لا أن يشهد بما يستنتجه هو مما رآه فيقول مثلا على سبيل الاستنتاج : أعتقد أو أرجح أن المدعى عليه بناء على ما رأيت أو سمعت أنه مدين للمدعي بمبلغ كذا • لأن تكييف الوقائع وما يستنتج منها وما يترتب عليهـا من آثار وأحكام ، كل ذلـك متروك لتقدير القاضي واجتهاده لأنه من صميم وظيفته القضائية ، وليس ذلـك من واجب الشاهد ، لأن واجب الشاهد نقل ما رأى وسمع مـن وقائع الى القاضي بناء على طلب المدعي •

تاسعاً ـ تفريق الشـهود وتحليفهم • فقـد قال الفقهاء : اذا ارتـاب القاضي بالشهود ، فله أن يفرقهم ويسأل كـل شـاهد عـن شـهادته على حـدة ، فان اختلفوا سـقطت شـهادتهم ، وان اتفقوا حكم بهـا القاضي ان عرف عدالتهم والا بحث عـن

عدالتهم قبل أن يحكم بشهادتهم • وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه فرق بين الشهود وسمع كل شاهد على حدة •

ويبدو لي أن الراجح دائما هو سماع شهادة الشهود متفرقين لآن ذلك أحوط ، والقاضي ملزم بالاخذ بالاحوط • أما تحليف الشهود ، فقد حكى الفقيه ابن حزم الاندلسي القول بتحليف الشهود عن ابن وضاح وقاضي الجماعة في قرطبة ، وقال ابن حزم أيضاً وروي عن محمد بن وضاح أنه قال : أرى لفساد الناس أن يحلف الحاكم الشهود • وقال ابن القيم : واذا كان للحاكم أن يفرق الشهود اذا ارتاب بهم فأولى أن يحلفهم اذا ارتاب بهم •

والراجح لي تحليف الشاهد دائماً لأن التحليف يحمل الشاهد على قول الصدق ويجعله يتحرج من كتمان الحقيقة ، وأن يكون التحليف قاعدة ثابتة يلتزم بها القضاة جميعاً سواء ارتابوا بالشهود أو لم يرتابوا •

٢٥٣ ـ هذا وأن القاضي يسمع شهادة الشهود سواء حضر الخصم أو لم يحضر ، الا أنه اذا حضر في الجلسة التالية للمرافعة قرأ عليه القاضي شهادات الشهود ، فان كان له قول أو مطعن في شهاداتهم بيَّنه ونظر فيه القاضي ، واذا طلب الخصم اعادة سماع الشهادة بمحضره لم يجبه القاضي الى طلبه لأنه كان عليه أن يحضر ، وحيث أنه لم يحضر فلا حق له في اعادة شهادة الشهود ليسمعها منهم مباشرة •

٢٥٤ ـ فاذا أدلى الشهود بشهاداتهم كتبها القاضي أو أمر بكتابتها ، فيكتب شهادة كل شاهد مع كتابة اسمه ولقبه وقبيلته ومسكنه ومسجده الذي يصلي فيه وتاريخ شهادته ثم يرفع ذلك ويحفظه في اضبارة الدعوى، أو في رقعة الدعوى •

٢٥٥ ـ هــذا ويلاحظ هنـا أن شهادة الشهود اذا كانت صحيحة وعرف القاضي عدالة الشهود ، فانه يتوجه الى المشهود عليه ويقول لـه : قد شهد عليك الشهود بكذا وكذا فان كان عندك مـا يقـدح في شهادتهم فبينه لي ، فان سأل الامهال أمهله القاضي اليوم واليومين والثلاثة ، فـان جاء بعدالمهلة بما يجرح شهادة الشهود قام القاضي بالتحقيق عن هـــذا الجرح وان لم يأت بما يقدح بشهادتهم أو بعدالتهم حكم القاضي عليـه لأن الحق قد وضح وانكشف على وجه لا اشكال فيه فيجب اصدار الحكم وعدم تأخيره •

٢٥٦ـ شـهادة الحسـبة

قلنا ان الشاهد يؤدي شهادته بعد تقدم الدعوى بالحق المشهود به ، واستدعاء المدعي أداء الشهادة من الشاهد • الا أن هناك حالات يتقدم فيها الشاهد ابتداء ومن تلقاء نفسه لاداء شهادته دون تقدم أو سبق دعوى ولا طلب من أحد لاداء هذه الشهادة ، وهذا النوع من الشهادة الجائزة هـي التي تسمى (بشهادة الحسبة) حيث يكون الشاهد مدعياً كما هو شـاهد في نفس الوقت •

وقد عرّف الفقهاء شهادة الحسبة بأنها عبارة عن أداء الشاهد شهادة تحملها ابتداءً لا بطلب طالب ولا بتقدم دعوى مدع • ومعنى حسبة ، أي احتساباً لله تعالى[٢٠٣] •

٢٥٧ـ الامـور التي تقبل فيها شهادة الحسبة

تقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى مثـل حـد الزنا والشـرب والسرقة وقطع الطريق ، كما تقبل في الزكاة والعتـاق والوصية للفقراء والوقف عليهم وعلى المصالح العامة ، كما تقبل شهادة الحسبة في الطلاق

(٢٠٣) ادب القضاء لابن ابي الدم ص٤٠٢ •

والعدة وحرمة المصاهرة والرضاع والخلع[٢٠٤] .

٢٥٨ـ الشهادة على الشهادة (٢٠٥)

والمقصود بالشهادة على الشهادة ، أن يشهد شاهد أن غيره يشهد بالحق الفلاني . وهذه الشهادة جائزة باجماع العلماء في الاموال وما يقصد به المال ، ولا تقبل في الحدود ، وهذا قول النخعي والشعبي والحنابلة والحنفية . وقال الامام مالك والشافعي في قول وأبو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة في المال وغيره . ورد المانعون بأن الحدود مبنية على الترو والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار . والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانه يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل ، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب أن لا تقبل فيما يندريء بالشبهات .

أما القصاص فظاهر كلام الامام أحمد وهو المذهب عند الحنابلة أنها لا تقبل في القصاص لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة . وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل لأن القصاص حق لآدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به فأشبه الاموال . أما ما عدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق فانها تقبل فيها .

٢٥٩ـ شروط الشهادة على الشهادة (٢٠٦)

لجواز الشهادة على الشهادة جملة شروط هي :

---

(٢٠٤) ادب القضاء لابن ابي الدم ص٤٠٢ ـ ٤٠٣ .

(٢٠٥) المغني ج٩ ص٢٠٦ ـ ٢٠٧ ، الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص١٩٨ ـ ١٩٩ ، ٢٠٥ .

(٢٠٦) المغني ج٩ ص٢٠٦ ـ ٢١٠ ، علي قراعة ، المرجع السابق ص٢٠٠ـ ٢٠٥ .

الشرط الاول ــ أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان وما أشبه ذلك ، وبهذا قال الحنابلة ومالك وأبو حنيفة والشافعي • وذهب الامام محمد صاحب أبي حنيفة الى جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات • واحتج الاولون بأن سماع شهادة الاصل أحوط للشهادة لأن سماعها من الاصل معلوم ، وصدق شاهدي الفرع مظنون ، والعمل باليقين مع امكانه أولى من اتباع الظن • كما أن في شهادة الفرع ضعفاً ليس في شهادة الاصل ، اذ يرد اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الاصل ، واحتمال غلط شاهدي الفرع فينبغي أن لا تقبل الا عند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال • كما أن شهادة الاصل تثبت نفس الحق ، وهذه تثبت الشهادة عليه •

الشرط الثاني ــ أن تتحقق شروط قبول الشهادة كالعدالة وغيرها في كل واحد من الاصل والفرع لأن الحكم مبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما • هذا ويجوز أن يعدل شاهدا الفرع شاهدي الاصل ويقوم القاضي بالبحث عن عدالة شاهدي الفرع اذا لم يعرفهما •

الشرط الثالث ــ أن يشهد على شهادة كل أصل رجلان أو رجل وامرأتان ، لأن شهادة كل أصل حق يراد اثباته أمام القاضي ، ولا يثبت الحق أمامه بدون نصاب شهادة كامل • ويجوز أن يكون شاهدا الفرع شاهدين على شهادة كل أصل •

الشرط الرابع ــ أن يقول الأصل للفرع : اشهدْ على شهادتي ، لأنه نائب عنه فلا بد من الانابة والامر بالشهادة على شهادته •

الشرط الخامس ــ أن يعين شاهدا الفرع شاهدي الاصل ويسميانهما وفائدة هذا الشرط لامكان البحث عن عدالتهما وليتمكن المشهود عليه من الطعن فيهما ان كان عنده مطعن في عدالتهما •

٢٦٠ـ الشهادة على النفي

الشهادة تنبيء عن المشاهدة المترتب عليها العلم بالمشهود بـه ، وهذا لا يحصل بالنفي ، ومن ثم كان الاصل أن الشهادة على النفي لا تقبـل ، ولكن ان كان النفي شرطاً لاثبات المشروط جازت الشهادة عليه كما لـو ادعى أنه وارث الميت فلان فقالت الشهود أنه وارثه ولا وارث لـه سواه قبلت هذه الشهادة وان قامت على النفي وهو عـدم وجـود وارث للميت غير المدعي ، لأنها في الحقيقة لاثبات الارث لـه بواسطة اثبـات شرطه ، وهكذا الحكم في كل شهادة قامت على نفي هو شرط لثبوت شيء آخـر فانها تقبل لأنها في الحقيقة للاثبات ، والعبرة للمقاصد لا للالفاظ . وكذلك اذا تواتر النفي جازت الشهادة عليه كما لو شهد بأن فلاناً كان في البصرة في اليوم الفلاني ولم يكن في بغداد وثبت ذلك بالتواتر قبلت الشهادة عليه لأن ما ثبت بالتواتر يكون ثابتاً بالضرورة ، والثابت بها لا يدخله الشك ، وان لم يتواتر النفي لا تقبل الشهادة عليه[٢٠٧] .

٢٦١ـ الجعـل على الشـهادة

قال الحنابلة : اذا لم تكن للشاهد حاجة الى أن يأخذ عوضاً ماليـاً على شهادته فليس له أخذه على أداء الشهادة لأنه أداء فرض . وان لـم تكن له كفاية ، ولم يتعين عليه أداء الشهادة حلّ لـه أخـذ العوض على أداء شهادته . واذا تعينت عليه الشهادة وكان محتاجاً احتمل جواز أخـذ الجعل (أي الاجرة أو العوض المالي) ، واحتمل عدم الجواز لئلا يأخذ العوض عـن أداء فرض عـين وبهـذا الاحتمـال أخـذ الامـام الشافعي[٢٠٧ مكرر] .

---

(٢٠٧) الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص٢٠٦ ـ ٢٠٧ .
(٢٠٧) مكرر ـ المغني ج٩ ص١٥٨ .

المطلب الثاني

شروط الشــاهد

٢٦٢ـ تعـداد شـروط الشاهد

يشترط في الشاهد لقبول شهادته ، مع الشروط الاخرى للشهادة ، أن يكون بالغاً عاقلا مسلماً عدلا غير متهم في شهادته ، بصيراً متكلماً ، وفي بعض هذه الشروط اختلاف بين الفقهاء ، نبينه عند شرح هذه الشروط .

٢٦٣ـ شـرح شـروط الشاهد (٢٠٨)

أولا ـ أن يكون الشاهد بالغاً عاقلا ، فلا تقبل شهادة المجنون باتفاق الفقهاء لأنه لا يعقل ، كما لا تقبل شهادة الصبي الذي لم يبلغ عند جمهور الفقهاء . وقال الامام مالك ، وهو رواية عن الامام أحمد ، تقبل شـهادة الصبيان في الجراح فيما بينهم اذا شهدوا قبل تفرقهم عن الحالة التي تجارحوا عليها لأن الظاهر صدقهم وضبطهم، فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا ، الا أن يكونوا قد أشهدوا الشهود العدول على شهادتهم قبل أن يتفرقوا . واحتج من اشترط البلوغ بأن الشهادة مقبولة في كل شيء بالآيـة الكريمـة « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » والآيـة الكريمة « وأشهدوا ذوي عدل منكم » وقوله تعالى : « ولا تكتموا الشهادة ومـن

(٢٠٨) المغني ج٩ ص١٥٨ وما بعدهـا ، المحـلى لابن حزم ج٩ ص٣٩٣ وما بعدها ، شرح ادب القاضي للماوردي ج١ ص١١ وما بعدها ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص٣٣٠ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٥٧ ـ ٨٦٣ وص٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢٥٦ ، موطأ مالك بشرح الزرقاني ج٣ ص٣٩٦ ، روضة القضاة ج١ ص٢٠٠ وما بعدهـا ، ادب القاضي لابن مازة ج٣ ص٣ وما بعدها .

يكتمها فانه آثم قلبه » • فأخبر تعالى أن الكاتم لشهادته آثم ، والصبي لا يأثم فدلَّ على أنه لا يصلح ان يكون شاهداً ، ولأن الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فلا يمتنع عنه فلا تحصل الثقة بقوله ، ولأن الصبي لا يقبل اقراره على نفسه ومن لا يقبل اقراره على نفسه لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون •

٢٦٤ـ ثانيا ـ ان يكون عالما بما شهد بـه :

ذلك أن الشهادة لا تجوز الا بما علمه الشاهد ، قال تعالى : « الا من شهد بالحق وهم يعلمون » وقال تعالى : « ولا تقف ما ليس لك بـه علم إنَّ السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا » ومدرك العلم الذي تقع به الشهادة غالباً الرؤية والسماع ، والذي يقع بالرؤية هـو الأفعـال كالاتلاف وشرب الخمر ، وأما ما يحصل بالسماع فمثل العقود وغيرها من الاقوال فيحتاج الشاهد الى أن يسمع الشاهد كلام المتعاقدين أو كلام المتكلمين ولا يشترط رؤيتهم اذا عرف أصواتهم يقيناً • وذهب أبو حنيفه والشافعي الى أن الشهادة لا تجوز من الشاهد حتى يشاهد المشهود عليه •

٢٦٥ ـ وقد يكون مستند علم الشاهد مـا يعلمـه بالاستفاضة ، أي فيما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في القلب كمـا ذكره الفقيـه الخرقي الحنبلي وهذا يقتضي أن تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، الا أن بعض الحنابلة قال أنه يكفي أن يسـمع الشاهد مـن اثنين عدلين ويسكن قلبـه ويطمئن الى خبرهما لأن الحقـوق تثبت بقول اثنين •

٢٦٦ ـ وقد أجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالاستفاضة فـي النسب والولادة ، الا أنهم اختلفوا فيما تجوز الشهادة عليـه بالاستفاضة

فيما عدا النسب والولادة ، فعند الحنابلة ومن وافقهم تجوز الشهادة بالاستفاضة على النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعتق والولاء والولاية ، واحتج الحنابلة لقولهم بأن الاشياء التي ذكروها وقالوا عنها تجوز فيها الشهادة بالاستفاضة ، هذه الاشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب . وقال الامام مالك : ليس عندنا من يشهد على أحباس رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بالسماع . وقال الامام أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا تقبل الشهادة بالاستفاضة الا في النكاح والموت.

٢٦٧- ثالثاً - ان يكون الشاهد مسلماً

ويشترط في الشاهد أن يكون مسلماً اذا كان المشهود عليه مسلماً وهذا باتفاق الفقهاء فيما عدا وصية المسلم في السفر حيث أجاز الحنابلة ان يشهد غير المسلم على وصية المسلم في السفر اذا لم يوجد شهود مسلمون لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الارض فأصابتكم مصيبة الموت » . وعلل الحنابلة هذا الجواز بهذا النص للضرورة ، وبقولهم قال جمهور فقهاء أهل الحديث ، كما قال به الامام الثوري والاوزاعي والظاهرية . وقول هؤلاء هو الصحيح ، حتى أن الامام ابن تيمية رحمه الله تعالى قال : « اذا حكم الحاكم بعدم جواز شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر فان حكمه يجب أن ينقض لمخالفته لنص الكتاب بتأويلات غير مقبولة »(٢٠٩) . وقال ابن تيمية أيضاً ، كما ينقل عنه تلميذه ابن القيم : « وقول الامام أحمد قبول شهادتهم في هذا

---

(٢٠٩) الاختيارات لابن تيمية ص٢١٢ - ٢١٣ .

الموضع هو ضرورة ، يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً أو سفراً »[210] .

٢٦٨ ـ والذي أميل الى ترجيحه أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في كل ضرورة في حضر أو سفر ولا تقتصر الضرورة على وصية المسلم في السفر ، ويترك للقاضي تقدير الضرورة التي تجوز فيها شهادة غير المسلم على المسلم .

٢٦٩ ـ أما اذا كان المشهود عليه غير مسلم فان شهادة غير المسلم تجوز عليه عند الحنفية ومن وافقهم ، وقال غير هؤلاء من الفقهاء لا تجوز شهادة غير المسلم عليه ، والراجح قول الحنفية[211] .

٢٧٠ـ رابعاً ـ ان يكون الشاهد عدلاً .

والعدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله ، أما في الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة وأن يجتنب كل ما يخل بالمروءة . وقال بعض المالكية من كان أكثر حاله الطاعة وهي الغالب من أحواله وهو مجتنب الكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل . وقال الفقيه ابن حزم الظاهري : العدل هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة ، والكبيرة هي ما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيرة أو ما جاء فيه الوعيد ، والصغيرة ما لم يأت فيه الوعيد .

٢٧١ـ كيف تعرف عدالة الشاهد (٢١٢)

اذا علم القاضي عدالة الشاهد قبل شهادته . واذا علم أنه فاسق

---

(٢١٠) الطرق الحكمية لابن القيم ص١٧١ .
(٢١١) انظر مؤلفنا احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٥٧٧ ـ ٥٨١ .

لم يقبل شهادته ، واذا طعن المشهود عليه بشهادة الشاهد وجرحه بمفسق وأثبت طعنه وتجريحه ردّ القاضي شهادته ، واذا عجز عن اثبات طعنه وجب على القاضي أن يقوم بالتحري والبحث عن عدالة الشاهد ، فاذا تبين له بعد البحث والتحري أنه عدل قبل شهادته وان تبين له أنه غير عدل ردّ شهادته .

٢٧٢ ـ واذا كان الشاهد مستور الحال لا يعرفه القاضي عدلا ولا فاسقاً ولم يطعن فيه المشهود عليه ، فما السبيل الى معرفة عدالته لقبول شهادته ؟ خلاف بين الفقهاء نوجزه كما يلي :

٢٧٣ ـ أولا ـ ذهب الامام أبو حنيفة رحمه الله تعالى الى أن المسلم المستور شهادته مقبولة بلا حاجة الى بحث عن عدالته وحجته أنه مسلم ، والظاهر من حال المسلم العدالة ، ولهذا قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « المسلمون عدول بعضهم على بعض » فيجوز البناء على هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم في شهادته وعدالته ، وما لم تتعلق شهادته بالحدود والقصاص لأن هذه يحتاط لها وتندرىء بالشبهات فيجب التحري والبحث عن عدالته في هذه الحالة ، وهذا البحث عن عدالته هو ما يعرف بتزكية الشهود كما سنبينه فيما بعد .

٢٧٤ ـ ثانياً ـ وذهب الامام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة الى وجوب تزكية الشاهد المستور حتى تثبت عدالته أو فسقه سواء كانت شهادته تتعلق بحدّ أو قصاص أو غيرهما وسواء طعن الخصم في شهادة الشاهد وعدالته أو لم يطعن ، لأن التحري

---

(٢١٢) المغني ج٩ ص٦٣ ـ ٦٥ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص١١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٢٥٦ ، ابن مازة ، المرجع السابق ، ج٣ ص٣ .

أقوى من الاكتفاء بالظاهر وأولى منه لما فيه من الاحتياط ، ولقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » ولا نعلم أنـه مرضي حتى نعرفـه عدلا أو نتحرى عن عدالته فيظهر لنا أنـه عدل . وأما قول سيدنا عمر رضي الله عنه : « المسلمون عدول » فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك من وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة .

٢٧٥ـ اجـراءات تزكية الشاهد ٢١٣

قلنا ان جمهور الفقهاء يوجبون البحث والتحري عن عدالة الشاهد الذي لا يعرف القاضي عدالته ولا فسقه ، وهـــذا التحري يطلق عليـه الفقهاء تزكية الشهود كما قلنا . ويتم باجراءات معينة خلاصتها أن القاضي بعد أن يسمع شهادة الشهود يأمر كاتبـه بكتابة أسمائهم وكناهم ونسبهم ويرفعون في النسب بما يتميزون به عن غيرهم ، ويكتب صنائعهم وموضع مساكنهم ومساجدهم التي يصلون فيها حتى يمكن السؤال مـن جيرانهم وأهل محلتهم وسوقهم ومسجدهم . ويكتب أيضاً ألوانهم ومـا يتميزون به من طول أو قصر أو بياض أو سواد ، كل ذلـك على سبيل الاحتياط ودفعاً للالتباس ويكتب أيضاً اسم المشهود لـه والمشهود عليه وقدر الحق المدعى به ، وانما يكتب ذلك لئلا يوجـد مانع من قبـول شـهادة الشاهد للمشهود له أو قبولها على المشهود عليه ولو كان الشاهد عدلا ، ويذكـر قدر الحق المدعى به لأنه قد يكون الشاهد مقبول الشهادة في الحق اليسير دون الجسيم . ويكتب كل ذلك في رقاع ويعطى لكل واحد من المزكين أو من يسمون بـ « أصحاب المسائل » أو « أرباب المســائل » وهــؤلاء جماعة عند القاضي يثق بهم وهم محل أمانته وثقته ويقومون بالتحري عن

---

(٢١٣) المغني ج٩ ص٦٣ ـ ٦٩ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٣ ـ ٤٠ ، ادب القضـاء لابن ابي الـدم ص٩٣ ـ ١١٢ ، الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص٢١٢ ـ ٢١٥ .

عدالـة الشهود . وقـد قال الفقهاء ينبغي أن يكون هؤلاء (أي أصحاب المسائل) غير معروفين لئلا يقصدهم الناس بهدية أو رشوة ، وأن يكونوا أصحاب عفاف وذوي عقول وافرة أبرياء مـن الشحناء والبغضاء ، غايتهم الوقوف على الحقيقة ، لا يميلون الى شاهد ولا الى مشهود له أو عليـه ، ثقاة أمناء ، أصحاب ورع ودين .

٢٧٦ ـ وبعد أن يتسلم أصحاب المسائل الرقاع من القاضي يذهبون ويسألون عن عدالة الشهود سراً ممن يعرفهم من جيرانهم أو من أهـل سوقهم ومحلتهم أو مسجدهم ، فاذا رجع هؤلاء فأخبر اثنان منهم بعدالـة الشاهد قبـل القاضي شـهادته وان أخبراه بجرحـه وعـدم عدالتـه رد شهادته ، وان أخبره أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين فان انضم واحد من هؤلاء الى جانب التعديل قبل شهادة الشاهد وان انضم الى جانب الجرح ردّ شـهادة الشاهد ، وانما لـم يكتف بتعديل الواحـد أو جرحـه لأن النصاب المقبول في الجرح والتعديل للشاهد اثنـان ، لأنـه شهادة ، ونصاب الشهادة اثنان ولذلك لا بد فيه من لفظ « أشهد » وهـذا مذهب الحنابلة والشافعي ومحمد بن الحسن . وروي عن الامام أحمـد بن حنبل أنه يقبل الجرح والتعديل من واحد ، وهذا مذهب أبي حنيفـة باعتبار أن ما يقوله المزكي هو خبر لا شهادة فيقبل من الواحد كالروايـة وبدون لفظ الشهادة .

٢٧٧ ـ وفائدة التزكية السرية التي ذكرناها هو التباعد عن هتـك المسلم وصون حال المزكي . ومتى أسفرت النتيجة عن جرح الشـاهد ، قال القاضي للمدعي هات شاهداً آخر ولا يقول له أن الشاهد قد جرح . فان فرغ القاضي من التزكية السرية فان شاء اكتفى بها وان شاء جمـع معها التزكية العلنية فيجمع القاضي بين المزكي والشاهد ويسـأل المزكي

عن الشاهد فاذا قال عنه أنه عدل مقبول الشهادة فقد زكاه • ويجوز أن يكون المزكي في العلن هو المزكي في السر ان توافرت فيه شروط الشهادة كما يجوز أن يكون غيره •

٢٧٨ ـ واذا شهد عند القاضي مجهول الحال فقال المشهود عليه هو عدل فهل يكفي هذا القول عند القاضي ولا يلزمه البحث عن عدالته أم لا بد من التحري والبحث ؟ قولان عند الفقهاء :

القول الاول ـ يقبل القاضي شهادته لأن البحث عن شهادته لحق المشهود عليه وقد اعترف بعدالة الشاهد فيأخذ القاضي باعترافه واقراره ولا يلزمه البحث عن عدالته •

القول الثاني ـ لا بد من البحث عن عدالته لأن اعتبار العدالة في الشاهد من حق الله تعالى وهي لا تثبت بقول الواحد ولو كان هو المشهود عليه فلا بد من التحري والبحث واثباتها بشهادة اثنين • والدليل على أن العدالة من حق الله تعالى أن الخصم لو رضي أن يحكم عليه القاضي بشهادة فاسق لم يجز الحكم بهذه الشهادة •

٢٧٩ـ هل تجوز شهادة الفاسق في بعض الاحيان :

قلنا ان الشرط في قبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلا ، وبينا مفهوم العدالة وطريقة معرفة وجودها في الشاهد ، ونسأل هنا : هل يجوز قبول شهادة الشاهد الفاسق في بعض الاحيان أو في بعض الحالات ؟ والجواب على ذلك كما يلي :

ان اسقاط شهادة الشاهد الفاسق انما كانت لكون الفسق مظنة كذب الفاسق لا سلب أهليته ، فاذا علم كونه صادقاً فقد انتفت مظنة كذبه التي

هي العلة في منع قبول شهادته ، وانما يعلم كونه صادقاً مع فسقه بوجود قرائن تدل على ذلك وتبعث على الاطمئنان على أنه صادق • ففي هذه الحالة ينبغي قبول شهادته • أما تقدير القرائن الدالة على صدق الفاسق فأمر متروك الى القاضي حسب تقديره واجتهاده • فيكون الفرق بين الفاسق المقبول الشهادة للقرائن الدالة على ترجيح جانب الصدق فيه وبين الشاهد العدل الثابتة عدالته هو أن الفاسق لا تقبل شهادته الا بالقرائن الدالة على صدقه ، بينما العدل الثابتة عدالته تقبل شهادته بلا قرائن • هذا وأن ما قلناه نعتبره سائغاً ، وقولا مقبولا ، في حالة غلبة الفسق على الناس وتعذر اثبات عدالة الشاهد(٢١٤) •

٢٨٠ ـ الشرط الخامس : عدم اتهام الشاهد في شهادته • فيجب أن لا يكون الشاهد متهماً في شهادته بأن يقع الشك في صحة شهادته على وجه يرجح كذبه • ومبعث هذا الشك والارتياب أسباب كثيرة ، منها :

٢٨١ ـ أ ـ العداوة

اذا كان الشاهد عدواً للمشهود عليه امتنع قبول شهادته في قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك والشافعي وأحمد بن حنبل • وقال أبو حنيفة ان العداوة لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة • وعند الظاهرية ، اذا لم تخرجه عداوته للمشهود عليه الى ما لا يحل فشهادته جائزة عليه لأنه عدل ، وان كانت عداوته له تخرجه الى ما لا يحل فهي جرحة فيه ترد شهادته لكل أحد وفي كل شيء • وحجة الظاهرية قوله تعالى : « ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألاّ تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى » • فالله سبحانه وتعالى في هذه الآية يأمرنا بالعدل على أعدائنا ، فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو له فشهادته مقبولة •

---

(٢١٤) انظر الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج٤ ص٨٨ •

٢٨٢ ـ واحتج الجمهور بالحديث الشريف « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » والغمر الحقد ، ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة ، وتخالف الصداقة فان في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفعاً لغيره بمضرة نفسه ، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا ، ولهذا لو شهد العدو لعدوه لجازت هذه الشهادة لعدم التهمة . ويلاحظ هنا أن العداوة المانعة للشهادة هي العداوة الدنيوية لا العداوة الدينية ، ولهذا جازت شهادة المسلم على غير المسلم لأن الدين يمنع من شهادة الزور(٢١٥) .

٢٨٣ـ ب ـ جلب المنفعة

ومن أسباب اتهام الشاهد على وجه يترجح عدم صدقه ، جلب المنفعة للشاهد بشهادته أو دفع ضرر عنه بهذه الشهادة ، مما يجعل الشك قائماً في شهادته وبالتالي عدم قبولها .

ومن أمثلة ذلك شهادة الدائنين لمدينهم المفلس بدين له على الغير ، وشهادتهم لمدينهم الميت بدين أو مال له على الغير ، وكشهادة الكفيل للمكفول عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه .

---

(٢١٥) المغني ج٩ ص١٨٥ ـ ١٩٣ ، اختلاف الفقهاء لابي جعفر الطحاوي ج١ ص١٩٤ ـ ١٩٦ ، روضة القضاة ص٢٠٠ وما بعدها ، سنن ابي داود وشرحه عون المعبود ج١ ص٩ـ١ ، المحلى ج٩ ص٤١٥ وما بعدها ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياغي ج٤ ص٨٣ ـ ٨٨ .

وقد عدّ الامام مالك شـهادة الصديق لصديقه من أنواع الشـهادة المردودة لما فيها من تهمة جلب المنفعة ، وقد ردّ على هذا القول الفقيه ابن قدامـة الحنبلي وقال : تقبـل شـهادة الصديق لصديقـه في قول عامـة أهل العـلم .

وعند الحنفية والاوزاعي لا تقبل شـهادة الاجير لمستأجره في شيء وان كان عدلا استحساناً ، وقال الثوري هي جائزة مقبولة اذا كان لا يجر الى نفسه نفعاً بهذه الشهادة .

وعند الظاهرية تقبل شهادة الصديق لصديقه والاجير لمستأجره لأن المنظور اليه عندهم هو عدالـة الشاهد فان كان عـدلا قبلت شهادته علـى الآخرين بغض النظر عن الصداقة وعلاقة القربى أو الاستئجار أو غـير ذلك من العلائق التي اعتبرها غير الظاهرية موانع من قبول الشهادة بحجة التهمة فيها بسبب هذه الموانع[٢١٦] .

٢٨٤ـ ج ـ الشـركة والوكالة

لا تقبل شهادة الشاهد للمشهود له اذا كان شريكاً له أو وكيلا لـه فيما هو شريك فيـه أو وكيلا فيـه . فان كانت شهادتهما في غير ما ذكرنا قبلت لانتفاء التهمة .

٢٨٥ـ د ـ القرابـة

لا تجوز شهادة الوالدين وان علوا للولد وان سفل ، ولا شـهادة الولد وان سفل لهما وان علوا ، وهذا مذهب مالك والشافعي والحنفيـة وهو ظاهر مذهب الحنابلة ، خلافاً للظاهرية حيث يجيزون ذلـك مـا دام الشاهد عدلا كما أشرنا في الفقرة السابقة .

---

(٢١٦) المغني ج٩ ص١٩٤ ، المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٨١ .

ويلاحظ هنا أن شهادة الاخ لاخيه جائزة عند جماهير أهل العلم كما جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي ، ولا يصح القياس على الوالد والولد لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الاخ •

ويلاحظ هنا أيضاً أن شهادة أحد الوالدين على ولده مقبولة ، نص على ذلك الامام أحمد بن حنبل ، وهذا قول عامة أهل العلم لقوله تعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين » ولأنه لا تهمة في مثل هذه الشهادة فوجب أن تقبل كشهادة الاجنبي ، بل هي أولى[٢١٧] •

٢٨٦ـ ـ هـ ـ الزوجية

فلا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا المرأة لزوجها ، وبهذا قال الشافعي ومالك وأبو حنيفة • وأجازها أبو ثور وشريح وغيرهما • وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته لأنه لا تهمة في حقه ، ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي لذلك متهمة بشهادتها له • واحتج المانعون بأن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة ، فكان في شهادة كل منهما للآخر منفعة له •

وعند الظاهرية تجوز الشهادة بين الزوجين ، لكل واحد منهما للآخر أو عليه ما دام عدلا[٢١٨] •

(٢١٧) المغني ج٩ ص١٩١ وما بعدها •
(٢١٨) المغني ج٩ ص١٩٣ ، المحلى ج٩ ص٤١٥ •

٢٨٧ـ سادساً ـ السلامة من بعض العاهات

ويشترط في الشاهد أن يكون بصيراً ، فان كان أعمى لم تقبل شهادته عند أبي حنيفة والشافعي ، وحجتهما أن الاصوات تتشابه فلا يحصل اليقين بمن يشهد عليه الاعمى • وأجاز شهادة الاعمى مالك وأحمد وابن أبي ليلى ، وحجتهم أن الاقوال مدركها السمع ، والاعمى يسمع ، الا أنه لا يجوز له أن يشهد الا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه بيقين • وأجاز شهادة الاعمى أيضاً فقهاء المذهب الظاهري(٢١٩) •

٢٨٨ ـ واشترط الحنابلة أن لا يكون الشاهد أخرساً فان كان لا تقبل شهادته لعدم اليقين بدلالة اشارته ، وانما قبلت اشارته في شؤونه الخاصة به للضرورة ، ولا ضرورة هنا لاداء الشهادة على الغير • وقال مالك والشافعي تقبل شهادة الاخرس ما دامت اشارته مفهومة الدلالة(٢٢٠) • وهذا ما نرجحه لأن الحاجة قد تدعو لشهادة الاخرس كما في حالة عدم وجود غيره يقوم بتحمل الشهادة وأدائها •

---

(٢١٩) المحلى ج٩ ص٤٣٣ ، المغني لابن قدامة الحنبلي ج٩ ص١٨٩ ـ ١٩٠

(٢٢٠) المغني ج٩ ص١٩٠ ـ ١٩١ •

المطلب الثالث

نصاب الشهادة(٢٢١)

٢٨٩ـ تمهيـــد

يختلف نصاب الشهادة المقبولة من حيث عـــدد الشـــهود وجنسهم باختلاف ما تتعلق به الشهادة • واذا كان هـــذا الاختلاف ، مـــن حيث الاصل ، متفق عليـه بين الفقهـاء ، الا أنهـم يختلفون في بعض فروعـه وتطبيقاته ، ولهذا لا بد من بيان أنصبة الشهادة حسبما تتعلق بـه وأقوال الفقهاء في هذه الانصبة •

٢٨٧ـ اولا ـ نصاب الشهادة على الزنا

لا يقبل في الشهادة على الزنا الا أربعـة رجال عدول مسلمين وأن تثبت عدالتهم بالبحث والتحري حتى على قول الامام أبي حنيفة رحمه الله، لأن الزنا من الحدود ، والحدود تجب فيها تزكية الشهود عند أبي حنيفة •

وعند الظاهرية يجوز أن يكون مكان كل شـاهد من شـهود الزنا امرأتين عدلين •

٢٩١ـ ثانيا ـ نصاب الشهادة في بقية الحدود والقصاص

أما في بقية الحدود وهي القذف والسرقة والحرابة وشرب الخمـر

---

(٢٢١) المغني ج٩ ص١٤٧ ـ ١٥٧ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص٦٦ـ٧٥ نيل الاوطار للشوكاني ج٨ ص٢٨٢ ـ ٢٨٦ ، المحلى ج٩ ص٣٩٥ و ج١١ ص١٤٣ ، ٣٨٩ ، روضة القضاة ص٢٠٨ ـ ٢١٠ ، ابن ابي الـدم ص٣٩٣ ـ ٣٩٥ ٠

والردة ، وكذلك القصاص ، فان نصاب الشهادة المقبول الذي تقبل بـه الشهادة هو شهادة رجلين وأن تثبت عدالتهما بالبحث والتحري ، أي عن طريق تزكية الشهود ، وهذا حتى على قول أبي حنيفة .

وعند الظاهرية تقبل في هذه المواضع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة . وروي عن عطاء وحماد أنهما قالا : تقبل في هذه الحدود والقصاص شهادة رجل وامرأتين قياساً على الشهادة في الاموال . ولكن ردّ على هذا القول بأن هذه الجرائم مما يحتاط في اثباتها وأنها تندرىء بالشبهات فلا تشبه الشهادة في الاموال .

٢٩٢ـ ثالثا ـ نصاب الشهادة في غير الحدود والقصاص والاموال

وفي غير الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق والرجعة والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل وأشباه ذلك ، فالمعول عليه في مذهب الحنابلة أن لا بد من شهادة رجلين ولا تقبل في هذه المسائل شهادة النساء بحال ، وهذا مذهب الشافعية أيضاً . وقال الحنفية : نصاب الشهادة في هذه المسائل رجلان أو رجل وامرأتان ، وهذا أيضاً مذهب الظاهرية الا أنهم قالوا أيضاً بجواز شهادة أربع نسوة بدلا من رجلين أو رجل وامرأتين .

٢٩٣ـ رابعا ـ نصاب الشهادة في الاموال .

وفي الاموال وحقوقها كالقروض والاتلافات والاروش والديات والبيوع والاجارات والعقود المالية وقتل الخطأ وكل جراحة لا توجب الا المال وأشباه ذلك ، فان نصاب الشهادة في هذه المسائل هو رجلان أو رجل وامرأتان وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والحنفية والمالكية وغيرهم . قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ...

الى قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » .

٢٩٤ـ خامساً ـ الشاهد الواحد ويمين المدعى .

يرى أكثر أهل العلم ثبوت المال لمدعيه بشاهد واحد ويمين المدعي روي ذلك عن الخلفاء الراشدين الاربعة وهو قول عمر بن عبدالعزيز وشريح ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وأحمد بن حنبل . وقال الشعبي والنخعي والاوزاعي والحنفية لا يجوز للقاضي أن يقضي في المال بشاهد واحد ويمين المدعي ، وحجة هؤلاء الآية الكريمة : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » . والحكم بشهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي زيادة على نص الآية ، والزيادة على النص نسخ ، ونسخ القرآن بأخبار الآحاد لا يجوز ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي .

٢٩٥ ـ واحتج القائلون بجواز الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي في مسائل الاموال بجملة أدلة ، منها ما يأتي :

أ ـ الاحاديث الشريفة التي ورد فيها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد الواحد ويمين المدعي ، ومن هذه الاحاديث ، عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد . رواه الامام مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجة . وفي رواية لأحمد انما كان ذلك في الاموال . وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق وقضى به علي رضي الله عنه في العراق . رواه أحمد والدارقطني ، وذكره

الترمذي • وهناك أحاديث أخرى بهذا المعنى ذكرها الامام الشوكاني في كتابه نيل الاوطار •

ب ـ تعلقهم بالآية الكريمة : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم .. الآية » لا يصلح حجة لهم لأن القرآن الكريم لم يذكر الرجلين ، والرجل والمرأتين لبيان طريق الحكم وانما ذكر هذين النوعين من الشهود لبيان ما تحفظ به الحقوق على وجه النصيحة والارشاد • ومن المعلوم أن ما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر ، ذلك أن طرق الحكم أوسع من طريق حفظ الحقوق بالشاهدين أو بالشاهد والامرأتين • ألا يرى أن الحاكم يحكم بالنكول ، وباليمين المردودة ، وهما ليسا شاهدين ولا شاهداً وامرأتين ؟ واذا قيل ان الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي لا وجود ولا ذكر لهما في القرآن ، فيقال أيضا أن الحكم بالنكول وباليمين المردودة لا ذكر لهما في القرآن الكريم ولم يقل أحد ان الحكم بهما مخالف للقرآن الكريم أو زيادة على نصوصه •

جـ ـ الحكم بشهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي هو حكم بكتاب الله ، لأن مثل هذا الحكم حق ، والحكم بالحق مما أمر الله سبحانه به • أما أنه حق فلأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفاءه الراشدين من بعده حكموا به ولا يحكمون بباطل ، وأما أنه حكم بكتاب الله فلقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » • وقوله تعالى : « انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » • فالحكم بشاهد واحد ويمين المدعي مما أراه الله اياه قطعاً •

د ـ ذكر القرآن الكريم الشاهدين والشاهد والمرأتين في معرض بيان طرق حفظ الحقوق لا في معرض بيان طرق الحكم كما قلنا من قبل • وحتى لو قيل انها وردت لبيان طريق الحكم فان القرآن الكريم بذكره

هذين النوعين من البينات لـم يوجب الحكم بهما فقط ولـم يمنع الحـكم بغيرهما من البينات ٠

هـ - قولهم ان القول بجواز الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي زيادة على النص الوارد بالشاهدين والشاهد والمرأتين ، والزيادة على النص نسخ ، والنسخ بأخبار الآحاد لا يجوز ، هـــذا القـول غير صحيح لأن النسخ هو الرفع والازالة ، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع ، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين أو بالشاهد والمرأتين ٠

و - احتجاجهم بحديث « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » احتجاج ضعيف ، ذلـك أن أحاديث الحكم بشاهد واحـد ويمين المدعي أصح وأشهر من هذا الحديث وتقـدم عليه لخصوصها وعمومه ٠ ثم أن اليمين انمـا كانت في جانب المدعى عليـه حيث لـم يترجح المدعي بشيء وليس عنده الا مجرد الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة ، فـاذا ترجح جانب المدعي بالشـاهد كان هـو الأولى باليمين لقـوة جانبه بذلك ٠ فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين ٠ ولذلك اذا نكل المدعى عليـه عن اليمين ردت اليمين على المدعي لقـــوة جانبه بهذا النكول من المدعى عليه ٠

ومما يدل أيضاً على أن هذا الحديث « البينة على المدعي واليمـين على من أنكر » ليس للحصر هو أن اليمين تشرع في حق المودع اذا أدعى رد الوديعة أو تلفها ، وتشرع في حق البائع والمشتري اذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة ٠

٢٩٦- سادساً - الشاهد الواحـد

ذهبت طائفة من قضاة السلف الى الحكم بشهادة الشاهد الواحـــد

اذا علم صدقه من غير يمين المدعي ، ومن هؤلاء القضاة شريح وزرارة بن أبي أوفى • فاذا علم القاضي صدق الشاهد الواحد جاز له الحكم بشهادته • وقد ذهب الى هذا المذهب الفقيه ابن القيم محتجاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة الشاهد الواحد في قضية السلب • ففي الحديث الشريف « من قتل قتيلا ليس له عليه بينة فله سلبه » وقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم شهادة الشاهد الواحد لأبي قتادة بأنه هو قتل أحد المشركين وبالتالي يكون له سلبه كما استدل ابن القيم رحمه الله تعالى بأن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة المرأة الواحدة في الرضاع مع أنها شهدت على فعل نفسها[٢٢٢] •

٢٩٧ـ سابعاً ـ قبول قول المدعي وحده

قول المدعي وحده هو ادعاء فليس هو من قبيل الشهادة المعهودة ، ومع هذا فانّ المالكية قالوا : يجوز الحكم بقول المدعي وحده اذا ترجح صدقه بالعوائد وقرائن الاحوال أو لاتصافه بالامانة واشتهاره بذلك ، أو بغير ذلك من وجوه ترجيح صدقه • وقبول قوله وحده ، عند المالكية ، يكون بدون يمينه في بعض المواضع ، ومع يمينه في مواضع أخرى • فمن ذلك قولهم يقبل قول الزوج أنه أنفق على زوجته اذا كان مقيماً معها اذا ادعت أنه لم ينفق عليها لشهادة العرف له • (ومنها) يقبل قول المرأة ان عدتها انقضت ولا يمين عليها اذا كان الزمن ممكناً لانقضاء العدة (ومنها) اذا ادعى المودع ردّ الوديعة فالقول قوله مع يمينه مع أنه مدعي ، وانما ترجح قوله لأنه استأمنه والامين مصدق (ومنها) لو ادعى البائع أنه باع بالدراهم وقال المشتري بل باع مقايضة بسلعة فالقول قول البائع لقوة قرينة صدقه لأن الدراهم هي الاثمان وبها يقع البيع[٢٢٣] •

---

(٢٢٢) الطرق الحكمية ص٧٧ ـ ٧٨ •

(٢٢٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٣١١ ـ ٣١٣ •

٢٩٨ـ ثامنا ـ شهادة النساء منفردات

لا خلاف في قبول شهادة النساء المنفردات وحدهن دون أن يكون معهن شهادة رجال • ومن هذه المواضع التي تقبل فيها شهادة النساء وحدهن ، عند الحنابلة : الولادة ، والاستهلال ، والرضاع ، والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة •

وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادتهن على الرضاع لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلا يثبت بالنساء منفردات كالنكاح • ولكن يرد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة امرأة على الرضاع كما سيأتي • كما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في استهلال المولود عند الولادة بحجة أنه يكون بعد الولادة ، وخالفه في ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد وأكثر أهل العلم لأنه يكون حال الولادة ويتعذر حضور الرجل فأشبه الولادة نفسها •

٢٩٩ ـ وكل موضع ذكرناه في أعلاه وقلنا ان الحنابلة أجازوا فيه شهادة النساء منفردات فانهم قالوا تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة والحجة لقولهم هذا ما رواه عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فأعرض عني ، ثم ذكرت له ذلك فقال : « وكيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه • وروى حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأن المشهود به معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات •

فان شهد الرجل بذلك ، أي في المواضع التي أجيز فيهـا شـهادة النساء منفردات ، فقد قال الحنابلة بقبول شهادة الرجل وحده لأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل الواحد كالرواية[٢٢٤] .

(٢٢٤) المغني ج٩ ص١٥٥ ـ ١٥٧ .

المطلب الرابع

الرجوع عن الشهادة ومسؤولية الشهود

٣٠٠ـ تمهيـــد

قد يرجع الشهود عـن شهادتهم ، مكذبين أنفسهم بالشهادة التـي أدوها ، أو مدعين غلطهم فيهـا ، فما هي الآثار التي تترتب على رجوعهم عن شهادتهم ، بالنسبة لهم ولاطراف الدعوى ؟ ثم قـد يتعمـد الشـاهد الكذب ويشهد زوراً ثم يفتضح أمره ، فما هي مسؤولية هـــذا الشـاهد زوراً ؟ هذا ما نبينه في هذا المطلب •

٣٠١ـ حالات الرجوع عن الشهادة وما يترتب عليها (٢٢٥)

اذا شـهد الشهود ثم رجعوا عن شهادتهم بعـد أدائهـا ، فالحـكم كما يلي :

أولا ـ أن يرجعوا عن شهادتهم قبل أن يصدر القاضي حكمه ففي هـذه الحالة لا يجـوز الحكم بشهادتهم التي رجعوا عنها في قول عامـة أهل العلم •

٣٠٢ ـ ثانياً ـ أن يرجع الشهود بعد صدور الحكم وقبـل استيفاء الحق المحكوم به • وفي هذه الحالة ينظر : فان كان المحكوم بـــه عقوبة كالحدود والقصاص لـم يجـز استيفاؤه لأن الحـدود تدرأ بالشبهات ، ورجوع الشهود من أعظم الشبهات ، ولـم يتبين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجز استيفاؤها لو رجع الشهود قبل الحكم • وتختلف عـن

---

(٢٢٥) المغني ج٩ ص٢٤٥ ـ ٢٥١ •

المـال فانـه يمكن جبره بالزام الشاهدين عوضه بينما الحـد أو القصاص لا ينجبر بايجـاب مثله على الشاهدين لأن العقـاب انما شـرع للزجـر والتشفي لا للجبر • وان كان المشهود به مالاً استوفي لم ينقض حكمه • وحكي عن سـعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالا : ينقض الحـكم وان استوفي الحق ، لأن الحق ثبت بشهادتيهما ، فاذا رجعـا زال ما ثبت بـه الحكم فينقض الحكم كما لـو تبين أنهما كانا كافرين • واحتج القائلون بعدم النقض بأن حق المشهود له وجب له فلا يسقط برجوعهما ، لأن هذا الرجوع ليس بشـهادة ولا باقرار من صاحب الحق ، ويفـارق العقوبات حيث لا تستوفى اذا رجع الشهود لأنها تدرأ بالشبهات •

٣٠٣ ــ ثالثاً ــ أن يرجع الشهود بعد استيفاء الحق المحكوم به ، وفي هذه الحالة لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له بشيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لأن الحكم قد تمّ باستيفاء المحكوم بـه ووصول الحق الى مستحقه •

٣٠٤ــ مسؤولية الشهود عن رجوعهم عن الشهادة

أما مدى مسؤولية الشهود عـن رجوعهم عن الشهادة ففيـه تفصيل نجمله على النحو التالي :

أ ــ ان كان المشهود به اتلافاً يجري فيه القصاص كالقتل والجرح ، نظرنا : فان قال الشهود تعمدنا الشهادة عليه زوراً حتى يقتل ثم رجعنـا عـن شهادتنا بعـد أن تمّ قتله ، فان على هؤلاء الراجعين عـن شهادتهم القصاص عند الحنابلة ، وبـه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي • وقال الحنفية لا قصاص على الشهود لأنهم لم يباشروا الاتلاف فأشبهوا حافر البئر اذا تلف فيه شيء •

وحجة القائلين بالقصاص من الشهود الراجعين عن شهادتهم ، أن قولهم هو قول الامام علي رضي الله عنه ولا مخالف له في الصحابة ، ولأن الشهود تسببوا الى قتله أو قطع بعض أعضائه فيلزمهما القصاص ، ويفارق حفر البئر بأنه لا يفضي الى القتل غالباً •

أما اذا قال الشهود قد أخطأنا في الشهادة ولذلك رجعنا عنها ، فلا قصاص عليهم وانما عليهم الدية في أموالهم لأن العاقلة لا تحمل دية المقر المعترف •

٣٠٥ ـ ب ـ واذا كان المشهود به مالاً وقد استوفاه المحكوم له فلا يرجع به عليه المحكوم عليه سواء كان المال قائماً أو تالفاً وانما يرجع به على الشهود الراجعين عن شهادتهم في قول أكثر أهل العلم منهم الامام مالك والحنابلة والحنفية وهو قول الشافعي في القديم ، وقال في الجديد لا يرجع على الشهود بشيء ، وحجته أنه لم يوجد منهم اتلاف للمال ولا عدوان منهم عليه فلا يضمنانه كما لو ردت شهادتهم • وحجة القائلين برجوع المحكوم عليه بما غرمه للمحكوم له بأن الشهود بشهادتهم أخرجوا ماله من يده بغير حق فلزمهم الضمان ، لأنهم تسببوا الى اتلاف ماله بشهادتهم عليه فيلزمهم ضمان ما تلف بسببهم •

٣٠٦ـ شاهد الزور

شهادة الزور من أكبر الكبائر ، نهى الله عنها مع نهيه عن الاوثان قال تعالى : « فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور » • وفي السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة في النهي عن شهادة الزور وبيان جسامة جرمها وما يستحقه صاحبها من العذاب العظيم ، فمن هذه الاحاديث الشريفة عن أبي بكرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا انبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً ؟ قالوا : بلى يا رسول الله • قال : الاشراك

بالله وعقوق الوالدين ، وجلس وكان متكئاً ، فقال ألا وقول الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت »[٢٢٦] .

٣٠٧ ـ وقد ذهب كثير من الفقهاء الى أن القاضي يعزر شاهد الزور اذا انكشف له وثبت لديه أنه شهد زوراً عمداً ، ومع التعزير له التشهير به أيضاً . وقد روي هذا العقاب بشاهد الزور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي والحنابلة . أما نوع التعزير ومقداره فمتروك الى تقدير القاضي ، فله أن يعزره بالاهانة والتوبيخ أو بالجلد أو بالحبس ، الا أنه اذا اختار الجلد فلا يزيد على عشر جلدات عند الحنابلة ولا يزيد على ثلاث وثلاثين جلدة عند الشافعي . فأما التشهير به بين الناس فانه يوقف في سوق ان كان من أهل السوق ، وفي قبيلته ان كان من أهل القبائل ، ويقول الشخص الموكل بشاهد الزور وهو يطوف به في السوق أو في قبيلته : ان القاضي يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه . وبهذا النمط من التشهير بشاهد الزور قال الحنابلة والشافعي .

والواقع أن كيفية التشهير ومدته متروكان الى القاضي اذ ليس في التشهير تقدير شرعي ، ولكن لا يجوز للقاضي أن يختار نوعاً من التشهير فيه مخالفة لنص شرعي كما لو فعل بشاهد الزور ما يدخل في المثلة كأن يسخم وجهه أو يجدع أنفه أو يحلق نصف رأسه[٢٢٧] .

---

(٢٢٦) التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح تاليف الحسين بن المبارك ج٢ ص٢ .

(٢٢٧) المغني ج٩ ص٢٦٠ ـ ٢٦٢ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٣٦٠ ـ ٣٦٨ .

٣٠٨ـ مسؤولية شاهد الزور ٠

شاهد الزور يقاضى أمام القاضي عما تسببه من ضرر بشهادته الكاذبة على المحكوم عليه ، ولهذا فاذا ادعى شخص على شاهدي زور بأنهما شهدا عليه زوراً وبشهادتهما حكم عليه القاضي فان القاضي ، بناء على هذه الدعوى ، يحضرهما ، فان اعترفا حكم عليهما بالعقاب والضمان اللذين يستحقانهما ، وان أنكرا وللمدعي بينة على اقرارهما بأنهما شهدا زوراً فان القاضي يسمع هذه البينة فان قبلها حكم بمقتضاها على الشاهدين ، وان لم يكن للمدعي بينة أو قدم بينة غير مقبولة وطلب من القاضي تحليفهما اليمين فان القاضي لا يجيب طلبه ولا يحلفهما ، لأن تحليفهما يعني امكان اقامة الدعاوى من قبل كل مشهود عليه على الشهود للنكاية بهم بحجة أنهم شهود زور ، وفي هذا امتهان للشهود العدول ، وربما امتنع الناس عن تحمل الشهادة وأدائها ، وهذا مذهب الحنابلة وهو قول الامام الشافعي ، وقال عنه صاحب المغني لا نعلم فيه مخالفاً(٢٢٨) ٠

٣٠٩ـ هل تقبل شهادة شاهد الزور التائب ؟

اذا تاب شاهد الزور توبة نصوحاً فهل تقبل شهادته باعتبار أنه صار مرضي الشهادة ومن الشهود العدول ؟ ذهب الحنابلة الى أنه اذا مضت مدة مناسبة على توبته وظهرت عليه آثار هذه التوبة ، وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته ، وبهذا قال الامام أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور ٠ وقال الامام مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه العودة الى الزور ٠ ولكن المذهب الاول القائل بالقبول أولى ، لأن التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، وقد تاب توبة نصوحاً وظهرت آثارها في صدقه بعد مضي مدة مناسبة على توبته فلا وجه لعدم قبول شهادته بعد هذه التوبة

---

(٢٢٨) المغني ج٩ ص٦٣ ٠

النصوح ، وقول الامام مالك لا يؤمن من عودته الى شهادة الزور ، يمكن أن يقال عنه بأن هذا احتمال ، ومجرد الاحتمال دون أن يعضده دليـــل لا يمنع من قبول شهادته ، يدل على ذلك أن سائر التوابين لا يؤمن منهم العود الى ذنوبهم وبالتالي سقوط عدالتهم وعدم قبول شهادتهم ، ومع هذا فان شهادة هؤلاء التائبين مقبولة ولم يؤثر فيهـا احتمال العودة الى ذنوبهم القديمة[٢٢٩] .

---

(٢٢٩) المغني ج٩ ص٢٦٢ .

المَبحَثُ الثَالِثُ

اليمين والنكول عنها

٣٠٧ـ تمهيـــد

اذا أثبت المدعي دعواه باقرار المدعى عليه ، أو بالشهادة المعتبرة أو بغيرهما من دلائل الاثبات حكم له القاضي بما ادعاه ، واذا عجز عن الاثبات عرض عليه القاضي تحليف خصمه المدعى عليه ، لأن التحليف حقه ، فاذا طلب تحليفه عرض القاضي على المدعى عليه اليمين فان حلفها ردّ القاضي الدعوى واذا نكل عن اليمين حكم القاضي عليه بما ادعاه المدعي ، أمـــا بمجرد نكوله عن اليمين أو بعد أن يحلف المدعي اليمين اذا ردها عليـه المدعى عليه على رأي بعض الفقهاء • فاليمين ، والنكول عنها من وســائل اثبات الدعوى ، وهذا ما نريد بيانه في هذا المبحث •

٣١١ـ المقصود باليمـين

المقصود باليمين ، اليمين الشرعية ، التي تعرض على المدعى عليه ، وهي الحلف بالله تعالى في قول عامة أهل العلم ، اذ لا يجوز الحلف بغير الله تعـالى ، قال صلى الله عليـه وسـلم : « من كان حالفـاً فليحلف بالله أو ليصمت » • وهذه اليمين هي اليمين الشرعية والمشروعة في حق كـل مدعى عليه منكر لادعاء المدعي سواء كان مسلماً أو غير مسـلم ، عدلا أو فاسقاً ، رجلا أو امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اليمين على المدعى عليه »(٢٣٠) • وكذلك ، المدعي ، يحلف بالله اذا ردّ عليه اليمين المدعى عليه كما سنبينه فيما بعد •

---

(٢٣٠) المغني ج٩ ص٢٢٦ وما بعدها •

٣٠٩- لا يحلف احد عن غيره

واليمين لا تدخلها النيابة فلا يحلف أحد عن غيره ، ولهذا لو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف وليه المقامة عليه الدعوى نيابة عن الصغير ، وانما يقف الامر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون • وكذلك لا يحلف هذا الولي اذا ادعى حقاً لمن هو تحت ولايته ، وأنكر المدعى عليه الحق المدعى به ولم تكن للمدعي ، الولي ، بينة ونكل المدعى عليه عن اليمين وردها على المدعي ليحلف هو ، فلا يحلف الولي ولكن تقف اليمين الى أن تكمل أهلية من هو تحت ولاية الولي وتنتهي هذه الولاية(٢٣١) •

٣١٣- لا اثم على الحالف الصادق :

ومن توجهت عليه اليمين جاز له الحلف اذا كان صادقاً في حلفه ولا اثم عليه لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً • وقد حلف عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي بن كعب رضي الله عنه على نخيل ثم وهبه له وقال : خفت ان لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة • ومن هنا قال البعض ان الحلف أولى ما دام الحالف صادقاً لأن في الحلف تخليص حقه ومنع خصمه من أكل حقه ظلماً ، وفي هذا المنع عون له على الخير • وقال بعضهم ان افتداء يمينه ، أي عدم الحلف وترك الحق المدعى به الى مدعيه هو الاولى(٢٣٢) •

٣١٤- الحقوق التي تجري فيها اليمين(٢٣٣)

الحقوق نوعان : حق الله ، وحق الآدمي • وحق الآدمي ينقسم الى قسمين :

---

(٢٣١) المغني ج٩ ص٢٣٤ - ٢٣٥ •
(٢٣٢) المغني ج٩ ص٢٣٢ - ٢٣٣ •
(٢٣٣) المغني ج٩ ص٢٣٧ - ٢٣٩ ، الشيخ قراعة ، المصدر السابق ، ص٢٤٢ •

الاول ـ ما هو مال أو المقصود منه المال ، فهـذا تشرع فيـه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم •

الثاني ـ مـا ليس بمال ولا المقصود منـه المـال كالقصاص وحـد القذف ، والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والولاء •

وفي هذا القسم روايتان في المذهب الحنبلي (الاولى) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين • قال الامام أحمد بن حنبل رحمـه الله تعالى : لم أسمع ممن مضى أنهم جوزوا اليمين الا في الأموال والعروض خاصة • وهذا قول الامام مالك ونحو هـذا قول الامام أبي حنيفـة ، لأن هذه الاشياء الست التي ذكرناها لا يدخلها البذل ، والشرط عند أبي حنيفة فيما يستحلف عليه المدعى عليه أن يكون مما يجوز فيه البذل ، مع جواز الاقرار به • (الرواية الثانية) في المذهب الحنبلي أنه يستحلف في كل حق آدمي ، وهذا قول الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لـو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين علـى المدعى عليه » وهذا عام في كل مدعى عليه ، وهو ظاهر في دعوى الدمـاء لذكرها في الدعوى فيجوز أن يحلف المدعى عليه في كل حق لآدمي دون اقتصار على دعوى الاموال • وبقول الشافعي قال أيضاً الامام أبو يوسف والامام محمد صاحبا أبي حنيفة فعندهما يستحلف المدعى عليه في كل حق لآدمي يجوز الاقرار به سواء جاز فيه البذل أو لم يجز •

٣١٥ـ **حقوق الله ، وهي نوعـان :**

النوع الاول ـ الحدود ، فلا تشرع فيها يمين ، ولا خلاف في هذا لأنه لو أقر المتهم ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي سبيله من غير يمين ، فعدم استحلافه مع عدم اقراره أولى •

ولكن اذا ادعى سرقة ماله من قبل فلان ليضمنه المـال الذي سرقه سمعت دعواه وجاز له أن يستحلف المدعى عليـه لحق الآدمي دون حق الله وهو الحدّ ، أي العقوبة •

النوع الثاني ـ الحقوق الماليـة مثـل دعوى جابي الزكاة على رب المال أنّ الحول قد انقضى على أموالـه وكمـل نصابهـا • فعند الحنابلة القول قول رب المـال من غير يمين ولا يستحلف • وقـال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه بحق الآدمي • وقد رُدّ على هذا القول بأن هذا حق الله فأشبه الحد ، ولأن الزكاة عبـادة فلا يستحلف عليها كالصلاة •

٣١٦ـ شروط وجوب اليمين على المدعى عليه (٢٣٤)

يشترط لوجوب اليمين على المدعى عليه جملة شروط :

أولا ـ انكاره الحق المدعى به ، فلو كان مقراً به لـم تجب اليمين عليـه •

ثانياً ـ أن يطلب المدعي تحليفه اليمين ، فلو لم يطلب المدعي تحليفه لم تجب اليمين عليه ، لأن اليمين حق المدعي ، ولا يجبر الانسان علـى استعمال حقه أو المطالبة به •

ثالثاً ـ أن تكون الدعوى صحيحة ، فلو كانت فاسدة لا تجب اليمين على المدعى عليه ولو وجهت اليه فامتنع لا يعتبر ناكلا ، لأن النكول المعتبر يكون في الدعوى الصحيحة لا الفاسدة •

رابعاً ـ أن يكون المدعى به مما يجري فيه الاستحلاف على النحـو الذي بيّناه •

---

(٢٣٤) الاصول القضائية للشيخ علي قراعة ص٢٣٦ ـ ٢٣٩ •

٣١٧ـ تحليف المدعي(٢٣٥)

الاصل أن المدعي اذا أقام بينتـه المعتبرة شـرعاً حكم لــه القاضي بموجب بينته هذه ولا يطلب منه حلف اليمين مع بينته التي أقامها • الا أن هذا الاصل ترد عليـه بعض الاستثناءات حيث يوجـه القاضي اليمين على المدعي بعد اقامته البينة على ما ادعاه وقبل أن يصدر القاضي الحكم • ومن هذه الاستثناءات :

أولا ـ من ادعى حقـاً على ميت اضافـة لتركته في مواجهة أحـد الورثة ، وأثبت دعواه فان القاضي يحلفه بالله ، من غير طلب من الوصي أو الوارث ، قائلا : والله ما استوفيت ديني من المديون الميت ولا من أحـد أداه اليّ عنه ولا قبض لي قابض بأمري ولا أبرأته منه ولا شيئاً منـه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندي به ولا شيء منه رهن •

وهذه اليمين ليست لحق الوارث وانما هي للتركة لجواز أن يكون للميت دائن آخر أو موصى لـه فيحلفـه القاضي احتياطاً وان لـم يطلب الخصم • وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وحكم لـه لـم ينفذ حكمه •

ثانياً ـ المرأة اذا طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة في مال الزوج الغائب فان القاضي يحلفها بالله ما أعطاك نفقتك حين خرج ولم يترك لهـا مالا ولم يطلقها •

٣١٨ـ نكول المدعى عليه عن اليمين ، وتكييفه

اذا نكل المدعى عليه عن اليمين اعتبر نكوله اقراراً دلالة ، الا أنـه اقرار فيه شبهة ، لأن المدعى عليه بامتناعه عن حلف اليمين يعطي دليـلا

(٢٣٥) الفتاوى الهندية ج٤ ص١٤ ، قراعة ، ص٢٣٦ ـ ٢٣٩ •

وان لم يكن قاطعاً على أنـه كان كاذباً في انكاره ، اذ لو كان صادقاً لمـا امتنع عن اليمين الصادقة المباحة المشروعة مع ما فيها من دفع الضرر عـن نفسه وماله ، ومن ثم كان نكوله ، كما قلنا ، اقراراً دلالة ولكن فيه شبهة لأنه ليس قاطعاً في دلالته على المعنى الذي قلناه ، لأن نكوله قد يحمل على البذل ، أي بذل الحق المدعى به ، مع عدم وجوبه عليـه لأن المسلم العاقل قد يتحرج من اليمين تورعاً من الحلف أو خوفاً من عاقبة اليمين أو ترفعاً عنها مع علمه بصدقـه في انكاره • ولوجود هذين الاحتمالين في النكول ، قال الامام أبو حنيفة ان النكول يحتمل الاقرار والبذل ، ورتّب على قوله هذا أنه اشترط في الحق الذي يستحلف عليه المدعى عليه ويحصل فيـه النكول أن يكون الحق مما يجوز فيه البذل والاقرار ولا يكفي فيه صحة الاقرار به • أما الصاحبان أبو يوسف ومحمد فقد غلّبا فيه معنى الاقرار فاشترطا في الحق الذي يجري فيه الحلف والنكول أن يكون مما يصح فيه الاقرار فقط ولا يشترط أن يصح فيه البذل أيضاً •• وبناء على هـذا الاختلاف بين الامـام أبي حنيفـة وصاحبيـه في تكييف النكول اختلفوا في بعض المسائل ، فقال أبو حنيفة لا يجري فيها التحليف لعدم صحة البذل فيها بينما أجاز التحليف فيها الصاحبان لصحة الاقرار فيهـا ، من ذلـك النكاح • فلو ادعى رجل على امرأة أنها زوجته وهي تنكر ولا بينة لـه وطلب تحليفها على نفي دعواه ، أو تدعي امرأة على رجل أنها زوجتـه وهو ينكر وطلبت تحليفـه اليمين على نفي دعواها ، ففي هاتين الصورتين لا يحلف المنكر منهما عند الامام أبي حنيفـة ، ويحلف عنـد الصاحبين لما قلناه من اختلافهم في تكييف النكول[٢٣٦] •

(٢٣٦) المغني ج٩ ص٢٣٥ ، الاصول القضائيـة للشـيخ علي قـراعـة ص٢٤٢ ــ ٢٤٣ •

٣١٩ـ رد اليمين على المدعي(٢٣٧)

اذا نكل المدعى عليه عن اليمين ، فهل يقضي عليه القاضي بالحق المدعى به ، أم أنه يرد اليمين على المدعي فان حلف حكم القاضي له بما ادعاه ، وان نكل ردّ دعواه ؟ في المسألة أقوال :

أولا ـ القول الاول : يقضي القاضي بالحق المدعى به على المدعى عليه اذا نكل عن اليمين ولا يردها القاضي على المدعي ، وهذا قول الامام أحمد بن حنبل اذا كان المدعى به مالا أو المقصود منه المال . أما غير المال وما لا يقصد به المال كالقصاص فلا يقضي به بالنكول ، بل يرد القاضي اليمين على المدعي فان حلف حكم القاضي له وان نكل رد القاضي دعواه . وقال الامام مالك ترد اليمين على المدعي في دعاوى الأموال خاصة .

ثانياً ـ القول الثاني : لا ترد اليمين على المدعي اذا نكل عنها المدعى عليه وهذا في الاموال . أما في القصاص ، فانه يقضي بالنكول اذا كان القصاص فيما دون النفس ، وأما في القصاص في النفس فان المدعى عليه لا يحلف وانما يحبس المتهم لحمله على الاقرار . وهذا كله عند الامام أبي حنيفة وحجته أن الشرط في اعتبار النكول أن يكون فيما يجري فيه البذل ، وما دون النفس يجري فيه البذل ، وأما في القصاص في النفس ، فانه لا يجري فيه البذل فلا يستحلف فيه المدعي عليه فلا يعتبر نكوله ولهذا لو قال شخص لآخر اقتلني فقتله وجب عليه القصاص اذا أراده أولياء القتيل ، ولهذا لا يجري فيه الاستحلاف ، فلا نكول فيه . وأما عند الصاحبين فان القاضي يقضي بالنكول ولا يرد اليمين ، الا أن القضاء هنا لا يكون الحكم بالقصاص من القاتل وانما بأداء الدية لأن النكول اقرار فيه شبهة ، والقصاص يسقط بالشبهات .

---

(٢٣٧) المغني ج٩ ص٢٣٥ ـ ٢٣٨ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٩٠ ـ ١٩١ ، الفتاوى الهندية ج٤ ص١٤ .

ثالثاً ـ القول الثالث : ترد اليمين على المدعي ، وهذا قول الامام الشافعي في جميع الدعاوى ، فاذا نكل المدعى عليه عن اليمين ، قال له القاضي لك رد اليمين على المدعي ، فان طلب ردها على المدعي أجاب القاضي طلبه ووجب على المدعي الحلف ، فان حلف حكم القاضي له ، وان نكل ردّ القاضي دعواه .

والحجة لهذا القول الحديث الشريف الذي رواه الدارقطني ، وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم ردّ اليمين على طالب الحق ولأنه اذا نكل المدعي عليه ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشرع اليمين في حقه ، كالمدعي اذا شهد له شاهد واحد قوي جانبه ، فاذا حلف استحق ما ادعاه وحكم القاضي له به . وأيضاً فان نكول المدعى عليه قد يكون لتورعه عن الحلف وترفعه عنه مع علمه بصدقه في انكاره للمدعى به فلا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل ، فاذا حلف كانت يمينه دليلا لترجح جانب صدقه وبالتالي الحكم له بما ادعاه .

٣٢٠ـ لا تقبل اليمين بعد صدور الحكم

اذا ردت اليمين على المدعي فحلف وحكم القاضي له ، فعاد المدعى عليه وأراد أن يحلف لم يقبل منه ذلك . وكذلك لو أراد الحلف بعد الحكم عليه بنكوله لم يقبل منه ، لأن الحكم قد تمّ فلا ينقض كما لو قامت به بينة(٢٣٨) .

---

(٢٣٨) المغني ج٩ ص٢٣٦ ـ ٢٣٧ .

المبحث الرابع

علم القاضي

٣٢١ـ تمهيـــد

المقصود بعلم القاضي ، الذي نتكلم عنه في بحثنا هذا ، علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها ، فهل يصلح علمــه بهذه الامور سـبباً لحكمــه ومستنداً له أم لا ؟ للجواب على هذا السؤال يجب التفريق بين حالتين :

الحالة الاولى ــ علم القاضي الذي حصل عليه في مجلس القضاء .

الحالة الثانية ــ علمه الذي حصل عليه خارج مجلس القضاء .

٣٢٢ـ الحالة الاولى : علم القاضي المتحصل عنده في مجلس القضاء

اذا حصل القاضي على علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها في مجلس القضاء ، كما لو أقر المدعى عليه بالدعوى أو نكل عن اليمين بعد أن وجهها اليـه القاضي ، فان القاضي يحكم بموجب علمه بوقائـع الدعوى ودلائل ثبوتها ، ولا يشترط أن يشارك القاضي في علمــه وسماعه لوقائع الدعوى ودلائل ثبوتها في مجلس القضاء شاهدان أو أكثر ، وهذا ما نص عليـــه الامام أحمد(٢٣٩) . وهو ما قال به الشافعية أيضاً محتجين بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، كما جاء في الحديث : « فان اعترفت فارجمها » ولم يقيده بأن يكون اعترافها ــ أي بالزنا ــ بحضور الناس أو بحضور شاهدين أو أكثر(٢٤٠) .

---

(٢٣٩) جاء في المغني ج٩ ص٥٥ : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والاقرار في مجلس حكمه اذا سمعه شاهدان ، فان لم يسمعه معـه أحد أو سمعه شاهد فنص احمد على أنه يحكم بـه .

(٢٤٠) مغني المحتاج ج٢ ص٤٩٨ ــ ٤٩٩ .

٣٢٣ ـ وينبغي ، في رأينا ، أن لا يكون خلاف في صحة حكم القاضي بعلمه المتحصل لديه في مجلس القضاء بناء على ما يسمعه من وقائع الدعوى والبينات والادلة التي يقدمها أطراف الدعوى ، واقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين ، لأن مجلس القضاء يحضره الناس ، عادة ، وحتى اذا لم يحضره أحد من الناس فهناك أعوان القاضي مثل أهل مشاورته من أهل العلم ، وكاتبه ، وحاجبه ، وغيرهم وهؤلاء يسمعون ما يجري في مجلس القضاء ويشاركون القاضي في سماعه وعلمه . ويندر أن يخلو مجلس القضاء من أحد ممن ذكرنا ، وحتى لو فرضنا خلو مجلس القضاء من أحد ممن ذكرنا ولم يوجد فيه الا القاضي والخصوم فان القاضي اذا حكم بناء على ما سمعه وعلمه من أقوال الخصوم وبيناتهم وأقاريرهم فان حكمه صحيح لأن الحديث الصحيح الذي احتج به الشافعية حجة على كل من يشترط لصحة حكم القاضي أن يسمع معه شاهدان أو أكثر بينة المدعي أو اقرار المدعى عليه[٢٤١] .

٣٢٤ ـ **الحالة الثانية : علمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء .**

وهذه الحالة هي علم القاضي المتحصل عنده خارج مجلس القضاء كما لو سمع القاضي شخصاً يطلق امرأته ثلاثاً خارج مجلس القضاء ، أو رأى القاضي شخصاً أتلف مال شخص خارج مجلس القضاء ، فهل يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من طلاق الاول فيقضي بالتفريق بينه وبين زوجته اذا طلبت الزوجة ذلك ، ويحكم بضمان المال المتلوف على من أتلفه ؟ هنا نجد اختلافاً بين الفقهاء في هذه المسألة ونذكر فيما يلي مذاهبهم وأدلتهم .

---

(٢٤١) جاء في المغني ج٩ ص٥٥ . وقال القاضي : لا يحكم به ـ اي باقرار المدعى عليه في مجلس الحكم ـ حتى يسمعه معه شاهدان لانه حكم بعلمه .

٣٢٥ـ اولا ـ مذهب الظاهرية

وعندهم يجب على الحاكم أن يحكم بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء في الديون والقصاص والاموال والفروج والحدود ، وسواء علم بذلك قبل توليه وظيفة القضاء أو بعد توليه القضاء ، بل قالوا ان حكم القاضي بعلمه هو أقوى ما حكم به لأنه يقين . واحتجوا أيضاً بأن الحاكم يحكم بعلمه بالجرح والتعديل بالنسبة للشهود ، فكذلك ينبغي أن يقضي بعلمه بين الخصوم ، واحتجوا أيضاً بقوله تعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله » ، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره وهو عالم بظلمه ، وأن يعلم طلاق امرأة ويترك مطلقها يعاشرها معاشرة الازواج[٢٤٢] .

٣٢٦ـ ثانيا ـ مذهب الشافعية[٢٤٣]

وهم يفرقون بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى ، فاذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق الآدميين ، فعندهم في المذهب الشافعي قولان :

القول الاول ـ لا يجوز أن يحكم القاضي بعلمه لقوله صلى الله عليه وسلم للحضرمي : « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » . ولأنه لو جاز له الحكم بعلمه لكان علمه كشهادة اثنين ومن ثم ينعقد النكاح به وحده ، ولا قائل به ، ولأن الحكم بعلمه يدعو الى التهمة ، وقد يستغله قضاة السوء فيحكمون على البريء . قال الربيع : كان الشافعي يرى القضاء بعلم القاضي ولا يبوح به مخافة قضاة السوء .

---

(٢٤٢) المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٢٦ ـ ٤٢٩ .

(٢٤٣) مغني المحتاج ج٢ ص٢٩٨ ، المجموع شرح المهذب ج١٨ ص٣٨٩ ، الرملي ، المرجع السابق ، ج٨ ص٢٤٧ .

٣٢٧ ـ القول الثاني : وهو القول الاظهر عند الشافعية وهو اختيار المزني أن القاضي يقضي بعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ، كما روي عنه : « لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق اذ رآه أو علمه أو سمعه » . ولأنه اذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود ، وهو غير متيقن من صدقهم وضبطهم فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه ورآه وهو على علم به أولى بالجواز .

٣٢٨ ـ أما اذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق الله تعالى فعند الشافعية قولان أيضاً ، والذي عليه أكثر الشافعية وهو القول الاظهر أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه لقول أبي بكر رضي الله عنه : « لو رأيت رجلا على حدّ لم أحده ، أي لم أعاقبه بعقوبة الحد ، حتى تقوم البينة عندي » ولأنه مندوب الى ستره ، ولأن الحدود تدرىء بالشبهات .

٣٢٩ـ ثالثا ـ مذهب الحنابلة(٢٤٢)

وظاهر مذهب الحنابلة أن القاضي لا يقضي بعلمه في حدّ ولا غيره ، وسواء ما علمه قبل توليه القضاء أو بعده . والحجة لظاهر مذهب الحنابلة قول النبي صلى الله عليه وسلم : « انما أنا بشر وأنكم تختصمون اليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمعه » . فدل على أنه انما يقضي بما يسمع لا بما يعلم . وقال صلى الله عليه وسلم في قضية الحضرمي والكندي : « شاهداك أو يمينه ، ليس لك منه الا ذلك » . ومعنى الحديث الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعي : قدّم شاهديك لتثبت دعواك ، فان لم يكن عندك شاهدان ، فلك تحليف خصمك اليمين .

---

(٢٤٢) المغني ج٩ ص٥٣ ـ ٥٥ .

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما : أنت شاهدي • فقال : ان شئتما شهدت ولم أحكم ، او أحكم ولا أشهد • واحتجوا أيضاً بأن القضاء بعلم القاضي يؤدي الى تهمته كما قد يؤدي الى الحكم بما يشتهي •

٣٣٠ـ وردوا على من أجاز للقاضي القضاء بعلمه محتجاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبي سفيان : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » بأن هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فتيا وليس حكماً بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أفتى في حق أبي سفيان بدون حضوره ولو كان حكماً عليه لم يحكم عليه في غيبته •

وقالوا أيضاً ان الاحتجاج بشهادة الشهود مع عدم التيقن بصدقهم يجعل الحكم بعلم القاضي أولي لأنه مبني على اليقين • هذا الاحتجاج غير مقبول عند الحنابلة ويردونه بقولهم ان الحكم بشهادة الشهود العدول لا يفضي الى التهمة بخلاف حكم القاضي بعلمه • وأما جواز حكم أهل العلم بعلمهم في الجرح والتعديل بالنسبة لرواة الاحاديث ، فهذا انما جاز ليقطع التسلسل لأنه اذا لم يعملوا بعلمهم يلزم من ذلك التسلسل لأن كل مزكٍ يحتاج الى من يزكيه •

٣٣١ـ رابعاً ـ مذهب الحنفية(٢٤٣)

قالوا : يحكم القاضي بعلمه في حقوق العباد اذا استفاد هذا العلم في أثناء ولايته القضاء • أما في الحدود الخالصة لله تعالى مثل حدّ الزنا وشرب الخمر فلا يقضي بعلمه استحساناً ، الا في السرقة فيقضي بالمال

(٢٤٣) اختلاف الفقهاء للطحاوي ج١ ص٢٢١ ـ ٢٢٢ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٣٩ ، الاشباه والنظائر لابن نجم ص٢٢٢ ، رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٤٢٣ •

دون قطع يد السارق • وفي القصاص وحدّ القذف يحكم القاضي بعلمه •

٣٣٢ ـ أما اذا علم القاضي بواقعة قبل توليه القضاء ثم عرضت عليه الواقعة بعد توليه القضاء ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضي بعلمه ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يقضي بعلمه • ولو علم بحادثة في بلد ليس هو قاضٍ فيه ثم رجع الى بلده الذي هو قاضي فيه ثم رفعت اليه تلك الحادثة وأراد أن يقضي بعلمه فهو على الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه •

٣٣٣ ـ وقد لخص الفقيه الحنفي الشهير ابن عابدين مذهب الحنفية في هذه المسألة بعبارة وجيزة مختصرة فقال : وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه ، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة • وفي الاشباه والنظائر لابن بخيم : الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا •

٣٣٤ـ خامساً مذهب المالكية(٢٤٤) •

ذهب الامام مالك وأكثر أصحابه الى أن القاضي لا يقضي بعلمه في أي مدعى به سواء علمه قبل توليه القضاء أو بعده •

وحجة المالكية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون اليّ •• الحديث » فدل ذلك على أن القضاء يكون ـ كما يقول القرافي ـ بحسب المسموع لا بحسب المعلوم •

واحتجوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » فحصر الحجة في البينة واليمين دون علم الحاكم •

---

(٢٤٤) بداية المجتهد ج٢ ص٣٩٢ ، نيل الاوطار ج٨ ص٢٩٨ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص١٧٢ ـ ١٧٣ ، الفروق للقرافي ج٤ ص٤٤ ـ ٤٥ •

واحتجوا أيضاً بأن القاضي اذا قتل أخاه بحجة علمه بأنه قاتل أنه كالقتل العمد لا يرث منه شيئاً للتهمة في الميراث فنقيس عليه بقية الصور بجامع التهمة •

٣٣٥ـ مناقشة الاقوال : وادلها

أ ـ حديث « انكم تختصمون اليّ •• الخ » الذي احتج به الحنابله وغيرهم ، وقالوا قد ورد فيه : فأقضي على نحو ما أسمع ولم يقل صلى الله عليه وسلم بما أعلم • يمكن أن يجاب عليه بأن التنصيص على السماع لا ينفي كون غيره ـ مثل علم القاضي ـ طريقاً صحيحاً أيضاً للحكم ، بل يمكن أن يقال ان هذا الحديث الشريف حجة للمجيزين لأن العلم أقوى من السماع ، لأنه يمكن بطلان ما سمعه الانسان ولا يمكن بطلان ما يعلمه ، ففحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بعلم القاضي •

٣٣٦ ـ ب ـ الحديث الشريف الذي فيه « شاهداك أو يمينه وليس لك الا ذلك » الذي احتج به بعض المانعين ، يمكن أن يجاب عليه بأن التنصيص على ما ذكر لا ينفي على ما عداه وعبارة « ليس لك الا ذلك » لا تدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم المحق من المبطل حتى تكون هذه العبارة دليلا على عدم حكم الحاكم بعلمه ، بل المراد من هذه العبارة أن المدعي ليس له من المدعى عليه المنكر الا اليمين ما دام ليس للمدعي بينة(٢٤٥) •

٣٣٧ ـ جـ ـ قال الفقيه الشوكاني ان ما جعله الشارع أسباباً للحكم كالشهود واليمين والنكول عن اليمين ونحوها ان كانت أموراً تعبدنا الله بها لا يسوغ لنا الحكم الا بها ولا يسوغ لنا الحكم بغيرها ، فيجب في هذه

---

(٢٤٥) نيل الاوطار للشوكاني جـ٨ ص٢٨٦ ـ ٢٨٩ •

الحالة الوقوف عندها وعدم تجاوزها • وان كانت أسباباً يتوصل بها الى معرفة المحق من المبطل ـ وهذا هو واقعها ـ فانه يجوز الحكم بعلم القاضي لأن علمه طريق لمعرفة المحق أقوى من طريق الشهادة التي تفيد الظن ، بينما علم القاضي يفيد اليقين أو ما هو أقوى من الظن قطعاً(٢٤٦) •

٣٣٨ـ القول الراجح

الراجح ، عندي ، عدم جواز حكم القاضي بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء لما يأتي :

أولا : الاحاديث التي احتج بها المانعون أقوى في الدلالة لقولهم من الاحاديث التي احتج بها المجيزون لقولهم •

٣٣٩ ـ ثانياً : الآثار الكثيرة المروية عن الصحابة الكرام والدالة على منع الحاكم من الحكم بعلمه ، والصحابة أعلم من غيرهم بمقاصد الشريعة والمعاني المرادة بأحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم • فقد ثبت عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعبدالرحمن بن عوف وابن عباس المنع من ذلك ولا يعرف لهم في الصحابة مخالف • وقد ذكرنا الخبر المروي عن أبي بكر رضي الله عنه حيث قال : لو وجدت رجلا على حدّ من حدود الله لم أحدّه حتى تقوم البينة عندي • وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعبدالرحمن بن عوف : أرأيت لو رأيت رجلا يقتل أو يسرق أو يزني ؟ قال : أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين • قال عمر : أصبت • وعن علي رضي الله عنه مثله • وهذا كله من فقه الصحابة رضي الله عنهم فانهم أفقه الامة وأعلمهم بمقاصد الشرع وأحكامه وحكمته • ومن حكمته أن التهمة مؤثرة في الاحكام وهذا هو الدليل الآخر الذي يرجح ما رجحناه ونذكره فيما يلي •

---

(٢٤٦) نيل الاوطار للشوكاني ج٨ ص٢٨٩ •

٣٤٠ ـ ثالثاً : اعتبار التهمة ، فالتهمة ينظر اليها في الشرع ويقام لها وزن واعتبار وتؤثر في ترتيب الاحكام ، ولهذا فهي تؤثر في الشهادات والاقضية والأقارير ، وفي طلاق المريض • ومن هنا لم تقبل بعض الشهادات مع أن أصحابها عدول لا يقدح في عدالتهم سوى تهمة التأثر بالقرابة أو العداوة بين الشاهد والمشهود عليه • وكذلك لا يقضي القاضي الى من لا تقبل شهادته له للتهمة ، أي خوفاً من انحيازه في الحكم الى المقضي له لقرابة بينهما ونحو ذلك ، كما لا يقبل حكم القاضي لنفسه للتهمة • ولا يصح اقرار المريض مرض الموت للتهمة ، ولا يقبل قول المرأة على ضرتها أنها أرضعتها للتهمة •

ولقد كان النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو سيد الحكام ، يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم ولا يحكم بينهم بعلمه مع براءته صلى الله عليه وسلم عند الله وملائكته وعباده من كل تهمة لئلا يقول الناس أن محمداً يقتل أصحابه(٢٤٧) •

٣٤١ ـ رابعاً : منع القاضي من الحكم بعلمه ، يقطع الطريق على حكام السوء ويمنعهم من الحكم على البريء المستور لعداوة بينهم وبينه ، أو تنفيذاً لاهوائهم أو طاعة لولي الامر الظالم فلا يستطيعون أن يحكموا على بريء بحجة علمهم • وما أحسن قول الامام الشافعي رحمه الله : « لولا قضاة السوء لقلنا أن للحاكم أن يحكم بعلمه »(٢٤٨) • وهذا ما انتهى اليه ابن عابدين الحنفي اذ قال : « وأصل المذهب ـ أي المذهب الحنفي ـ الجواز بعمل القاضي بعلمه ، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة » وهذا أيضاً ما انتهى اليه الامام ابن حجر العسقلاني في شرحه

(٢٤٧) الطرق الحكمية لابن القيم ص١٧٩ ـ ١٨٠ •
(٢٤٨) نيل الاوطار للشوكاني ج٨ ص٢٨٨ •

لصحيح البخاري ، بعد أن استعرض أقوال المجيزين والمانعين حيث ختم قوله ومناقشاته مرجحاً قول المانعين ، فقال : « فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بالعلم ـ أي بعلم القاضي ـ »[٢٤٩] .

٣٤٢ ـ خامساً : ما يقدمه الخصوم لاثبات الدعوى أو دفعها يمكن مناقشته والنظر فيه وتقويمه قبل أن يصدر الحكم ، أما اذا جوزنا للقاضي الحكم بعلمه فان معنى ذلك أنه يصدر الحكم بناء على هذا العلم دون أن يتمكن الخصوم من مناقشة ما استند اليه القاضي أو الطعن فيه وبيان ما يرد عليه أو ينقضه مع احتمال ذلك كله ، لأن علم القاضي الذي يحصل عليه خارج مجلس القضاء معرض للخطأ لأنه غير معصوم وما يعلمه عن طريق السمع أو الرؤية قد يتطرق اليه الخطأ في هذا المسموع أو المرئي لعدم ضبطه ما سمع أو ما رأى أو لعدم احاطته بالقرائن والظروف والاحوال التي صدر فيها المسموع أو المرئي ، أو لعدم انتباه القاضي انتباهاً كافياً لما سمع أو لما رأى مما قد يفوت عليه بعض ما سمع أو ما رأى فيكون علمه ناقصاً وبالتالي حكمه غير صحيح ، وهذا كله اذا نزهنا القاضي عن الهوى والابتعاد عن مظان الاتهام . ففي تجويز الحكم للقاضي بعلمه مع هذه الاحتمالات الواردة ظلم للمحكوم عليه واجحاف بحقه في الدفاع عن نفسه وتفويت لحقه في مناقشة ما استدل به القاضي في حكمه . وهذا كله يدعو الى منع القاضي من الحكم بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء .

---

(٢٤٩) فتح الباري لشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج١٣ ص١٣٩ ، ١٦٠ .

المبحث الخامس

القـــرائن

٣٤٣ـ تمهيـــد

يراد بالقرائن الامارات والعلامات التي يستدل بها على وجود شيء أو نفيه ، كمـا لو شـوهد شخص يخرج من دار مذعوراً وبيـده سكين ملطخة بالدماء وعند دخول الناس الدار وجدوا شخصاً مذبوحاً فيستدلون بما رأوه من حال الشخص الخارج من الدار على أنـه هـو القاتل الذي باشر القتل بنفسه مع أنهم لم يشاهدوا ذلـك بأنفسهم • أو يوجد المتـاع المسروق في بيت شخص فيستدل بذلك على أن هذا الشخص هو السارق أو أن السارق أودعه اياه أو أن صاحب البيت اشتراه من السارق •

فهل تعتبر القرائن طريقـاً من طرق القضـاء ووسيلة من وسـائل النفي والاثبات عند صدور الاحكام بحيث يصح للقاضي أن يأخـذ بهـا ويجعلها مستنداً لحكمه ؟ هذا ما نجيب عليه في هذا المبحث •

٣٤٤ـ الشارع اعتبر القرائن ولم يهدرها •

والواقع أن الشـرع الاسلامي اعتبر القرائن ولـم يهدرها بدليـل ترتيب الاحكام عليها لأن الشرع الاسلامي لا يهمل واقعاً ذا دلالة معينة ، ولا يرفض نتيجة صحيحة دلت عليها قرينة صحيحة •

وقد دلَّ على اعتبار القرائن الكتاب والسنة وأقوال السلف الصالح من فقهاء وقضاة ، ونذكر فيما يلي بعضاً من هذه الدلائل •

٣٤٥ـ أولاً ـ ادلة القرآن الكريم على اعتبار القرائن

أ ـ قال تعالى في قصة يوسف : « وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون ».

قال الامام القرطبي في تفسيره ، استدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الامارات والاخذ بها في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها . وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بما رآه من سلامة القميص وعدم تمزقه حتى روي أنه قال لهم : متى كان هذا الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص ؟[٢٥٠] .

٣٤٦ ـ ب ـ الشاهد الذي ذكر الله تعالى شهادته في قصة يوسف ولم ينكرها ، بل حكاها مقرراً لها ، يدل على اعتبار القرائن وعدم اهدارها ، قال تعالى : « واستبقا الباب وقدّت قميصه من دُبُرٍ وألفيا سيدها لدا الباب ، قالت ما جزاء من أراد بأهلك سوءاً الا أن يسجن أو عذاب أليم . قال هي راودتني عن نفسي وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قُدّ من قُبُلٍ فصدقت وهو من الكاذبين . وإن كان قميصه قُدّ من دُبُرٍ فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قُدّ من دُبُرٍ قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم » فتوصل زوج المرأة بشق قميص يوسف الى تمييز الصادق من الكاذب[٢٥١] .

٣٤٧ـ ثانياً ـ ادلة السنة النبوية .

ومن السنة النبوية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بقول القافة وجعل القيافة دليلا من أدلة ثبوت النسب وليس هنا الا مجرد

(٢٥٠) تفسير القرطبي ج٩ ص١٤٩ وما بعدها .
(٢٥١) الطرق الحكمية لابن القيم ص٦ .

الامارات والعلامات ، وقد أخذ الخلفاء الراشدون بهذا النهج ، أي اعتبار القيافة ، من أدلة ثبوت النسب ، وأخذ بها مالك وأحمد والشافعي وغيرهم[٢٥٢] . والاخذ بالقيافة دليل على اعتبار القرائن .

وفي السنة النبوية أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الملتقط أن يدفع اللقطة الى واصفها ، وجعل وصفه لعفاصها ووكائها قائماً مقام البينة ، وهذا ما ذهب اليه مالك[٢٥٣] .

٣٤٨ـ ثالثاً ـ من اقضية الصحابة رضي الله عنهم

حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه دون نكير من أحد باقامة حد الزنا على امرأة ظهر حملها ولا زوج لها اعتماداً على القرينة الظاهرة ، وهذا ما ذهب اليه مالك وأحمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه . كما حكم عمر وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهما بوجوب الحد برائحة الخمر من فم الرجل أو قيئه خمراً اعتماداً على القرينة الظاهرة ، وهذا مذهب مالك وأصحابه[٢٥٤] .

٣٤٩ـ مدى اعتبار القرائن عند الفقهاء

أخذ الفقهاء بالقرائن واعتبروها وسيلة من وسائل الاثبات وطريقاً من طرق الحكم ، فمنهم من صرح بالاخذ بها والتعويل عليها كما نجد ذلك في مذهب مالك ، فمن ذلك قول الفقيه المالكي ابن فرحون في تبصرته : ان من طرق القضاء في المذهب المالكي الاخذ بالقرائن . ويقرب

---

(٢٥٢) اقضية الرسول صلى الله عليه وسلم للشيخ محمد فرج المالكي ص١١٢ ، والطرق الحكمية ص١٠ .

(٢٥٣) اقضية الرسول صلى الله عليه وسلم ص١٠٣ ، الطرق الحكمية ص١٠ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص١٠٤ .

(٢٥٤) الطرق الحكمية لابن القيم ص٦ ، تبصرة الحكام ج٢ ص٨٨ـ٩١ .

من مذهب المالكية في التصريح بالأخذ بالقرائن مذهب الحنابلة ، كما نقل الفقيه ابن القيم الحنبلي وبيّنه في كتابه الطرق الحكمية . الا أن فريقاً من الفقهاء من المذاهب الاخرى لا يصرحون بالاخذ بالقرائن ولكن نجدهم في الواقع يرتبون أحكاماً على أساس اعتبارهم للقرائن ، من ذلك قولهم بانعقاد البيع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاءً بالقرائن والامارات الدالة على الرضا . ومنها قولهم في اقرار المريض مرض الموت لوارثه بدين عليه أنه لا يقبل هذا الاقرار للتهمة بقرينة مرضه وقرابته من المقر له . ومنها قولهم في الركاز اذا كان عليه علامة المسلمين فهو لقطة ، وان كان عليه علامة الكفار فهو ركاز[٢٥٥] .

٣٥٠ـ اعتراض ودفعه

وقد يعترض على اعتبار القرينة بالحديث الشريف « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فليس في الحديث غير البينة فهي التي يعول عليها ويؤخذ بها في القضاء . والجواب على ذلك أن القرينة الظاهرة تدخل في مفهوم البينة التي يبنى عليها الحكم ، لأن البينة اسم لكل ما يبيّن الحق ويظهره . « ولا تنحصر ـ كما يقول العسقلاني ـ في الشهادة ، بل كل ما كشف الحق فهو بينة »[٢٥٦] .

وعلى هذا فالبينة قد تكون شهادة مقبولة أو نكولا عن يمين وقد تكون قرينة أو شاهد الحال الذي هو من أنواع القرينة . فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » معناه أن على المدعي أن يقدم ما يبيّن ويكشف صحة دعواه ويظهرها ، فاذا ظهر صدقه بطريقة من الطرق حكم له . وعلى هذا فان من قصر مفهوم البينة

---

(٢٥٥) الطرق الحكمية لابن القيم ص٢١ ، تبصرة الحكام ج٢ ص١١٨ .
(٢٥٦) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج٣ ص١٦٠ .

على الشهود لم يعرف ما ينطوي عليه اسم البينة من معنى • ومما يؤيد ذلك أن البينة لم تأت قط في القرآن الكريم مراداً بها الشهود ، وانما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان • وعلى هذا فان الشهود من البينة والقرينة من البينة ، وقد تكون القرينة في بعض المواضع أقوى دلالة على صدق المدعي في دعواه من دلالة الشاهدين على ذلك[٢٥٧] •

---

(٢٥٧) الطرق الحكمية ص٢١ ، تبصرة الحكام ج٢ ص١١٨ •

المبحث السادس

القسامة(٢٥٨)

٣٥١ـ تعريف القسامة

القسامة مصدر أقسم قسماً ومعناه حلف حلفاً ، والمراد بها عند الفقهاء الايمان المكررة في دعوى القتل بشروط معينة •

٣٥٢ـ متى تجب القسامة

القسامة لا تجب اذا عرف القاتل وشهد الشهود على جرمه ، وتقدم أولياء القتيل بدعواهم الى القاضي وقدموا له بينتهم • وانما تجب القسامة اذا لم يعرف القاتل وكان هناك لوث في هذا القتل ، أي شبهة ، يغلب على الظن الحكم بمقتضاها وأنها تثمر صدق الدعوى • فالقسامة ، اذن ، لا تثبت بمجرد دعوى أولياء القتيل أن فلاناً أو جماعة ارتكبوا جريمة القتل ، بل لا بد مع ادعائهم وجود اللوث ، أي الشبهة ، التي تسند ادعاءهم •

٣٥٣ ـ وقد اختلف العلماء في الشبهة التي تثبت بها القسامة ، فمنهم من قال أن يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل أن يموت بأن فلاناً قتله ، أو يشهد شاهدان على وجود عداوة بين القتيل وبين المدعى عليهم أو عليه ، أو وجود تهديد للقتيل منه أو منهم ، أي من المدعى عليه أو من

(٢٥٨) النهاية لابن الاثير ج٤ ص٦٢ ، المغني ج٨ ص٦٤ وما بعدها ، نيل الاوطار ج٧ ص٣٤ ـ ٣٩ ، المحلى ج١١ ص٧٦ ، بدائع الصنائع ج٧ ص٢٨٦ وما بعدها ، سبل السلام ج٣ ص٣٤٥ وما بعدها ، الهداية والعناية وفتح القدير ج٨ ص٣٨٣ وما بعدها •

المدعى عليهم ، ونحو ذلك من الشبهات . ومن صور اللوث أو الشبهة ، أن يوجد القتيل في محلة أو قبيلة أو قرية خارج المصر ولا يعرف قاتله ، وبهذه الصورة أخذ الحنفية في باب القسامة وجعلوها شبهة تجيز لأولياء القتيل معها التقدم الى القاضي بدعوى القتل والمطالبة بالقسامة متهمين أهل تلك المحلة أو القرية التي وجد فيها قتيلهم .

٣٥٤- كيفية جريان القسامة وما يثبت بها عند الحنفية

اذا وجد اللوث في جريمة القتل ، كما لو وجد قتيل في محلة أو قرية وبين أهلها وبين القتيل عداوة ولم يعرف قاتلة ، وتقدم أولياء القتيل بادعائهم الى القاضي طالبين منه اجراء القسامة في دعواهم ، فان القاضي يجيبهم الى طلبهم اذا رأى توافر شروط القسامة وصحة الدعوى ، فيختار أولياء القتيل خمسين رجلا من أهل تلك المحلة أو القرية يحلفون بالله أنهم ما قتلوه ولا يعرفون قاتله ، فاذا حلفوا لزمتهم الدية وان لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا . وهذه الكيفية هي التي قال بها فقهاء الحنفية وقالوا عنها أنها هي المروية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأنه قضى بها دون مخالف من الصحابة فكان اجماعاً .

٣٥٥ ـ وهناك كيفيات أخرى للقسامة قال بها الحنابلة والشافعية والمالكية وغيرهم ، الا أن الكيفية التي ذكرها الاحناف نصرها صاحب سبل السلام وقال عنها : « والى هذا ـ أي الكيفية التي أخذ بها الحنفية في القسامة ـ جنح البخاري ، أي صاحب الصحيح ، وذلك لأن الروايات اختلفت في ذلك في قصة الانصار ويهود خيبر فيرد المختلف الى المتفق عليه من أن اليمين على المدعى عليه »[٢٥٨] .

---

(٢٥٩) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج٣ ص٣٤٨ .

المبحث السابع

القيافة[260]

٣٥٦- تعريفها

القيافة هي الاستدلال بشبه الانسان لغيره على النسب ، والذي يعرف بالقدرة على القيافة يسمى (القائف) ، والجمع القافة • وقد عرف بنو مدلج من قبائل العرب بالقيافة واشتهروا بها ولكنها ، أي القيافة ، ليست مقصورة عليهم •

٣٥٧- الاختلاف في اعتبار القيافة

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار القيافة في اثبات النسب ، فالجمهور كالمالكية والشافعية والحنابلة يأخذون بالقيافة في ثبوت النسب ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز الاعتماد على القيافة أصلا في أية صورة من الصور لأنه حرز وتخمين فلا يجوز •

واحتج الجمهور بحديث عائشة رضي الله عنها ، وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها يوماً مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال الم تَري أن مجزز المدلجي نظر آنفاً الى زيد واسامة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما ، فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض • ولولا جواز الاعتماد على القافة لما سرَّ به النبي صلى الله عليه وسلم ولا اعتمد عليه ، ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان

---

(٢٦٠) المغني ج٥ ص٦٩٩ ـ ٧٠٢ ، تبصرة الحكام ج٢ ص١٠٨ وما بعدها، بدائع الصنائع ج٦ ص٢٥٢ ، مغني المحتاج ج٢ ص٤٢٢ وما بعدها الفروق للقرافي ج٣ ص١٢٥ ـ ١٢٦ •

اجماعاً ، ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين .

٣٥٨ـ ثبوت نسب اللقيط بقول القافة واختلاف الفقهاء فيه

اذا ادعى نسب اللقيط اثنان ولا بينة لأحدهما ، أو كان لكل منهما بينة ولكن تعارضتا وسقطتا ، فان القاضي يعرض اللقيط ومعه المدعيان على القافة ثم يحكم القاضي بالحاق نسب اللقيط بمن الحقته به القافة من المدعيين . وقال صاحب المغني الحنبلي وهذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبدالملك والليث والاوزاعي والشافعي وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي - الحنفية ومن وافقهم - لاحكم للقافة ويلحق اللقيط بالمدعيين جميعاً لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين ، فان الشبه قد يوجد بين الاجانب وينتفي بين الاقارب ، ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتاه فقال : يا رسول الله امرأتي ولدت غلاماً أسود . فقال صلى الله عليه وسلم : هل لك من ابل ؟ قال : نعم . قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر . قال : فهل فيها من أورق ؟ قال : نعم . قال : أنّى أتاها ذلك ؟ قال : لعل عرقاً نزع . قال صلى الله عليه وسلم : وهذا لعل عرقاً نزع ». قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتُفِي به في ولد الملاعنة وفيما اذا أقرّ أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

٣٥٩ ـ واحتج الحنابلة لقولهم بالاخذ بقول القافة ، بحديث عائشة الصحيح الذي ذكرناه في الفقرة السابقة ، وبعمل سيدنا عمر رضي الله عنه بالقافة دون انكار من أحد . والحدث الذي احتجوا به لمنع القول بالقيافة هو حجة عليهم ، لأن انكار الرجل ولده لمخالفة لونه له وعزمه على نفي نسبه منه لهذا السبب يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس انكاره وأن ذلك انما يوجد نادراً . ثم أن ضعف الشبه على

نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته ، فان النسب يحتاط لاثباته ويثبت بأدنى دليل ، ويلزم من ذلك التشديد في نفيـه بحيث لا ينتفي الا بأقوى الادلــة .

٣٦٠ـ عـدد القـافة

واذا قلنا بالاخذ بالقافة واعتماد قول القائف فهل يكفي قائف واحد أو لا بد من اثنين ؟ ظاهر كلام الامام أحمد بن حنبل أنه لا يقبل الا قول اثنين لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة . وقال بعض الحنابلة يقبل قول الواحد . واذا تعارض قول قائف مع قول قائف آخر سقط القولان.

٣٦١ـ قول القائف اذا اتصل بـه حكم

اذا ألحق القائف اللقيط أو غيره بشخص وصدر الحكم بنسـبه من هذا الشخص بناء على قول القائف ، فان هذا الحكم لا ينقض بقـول قائف آخر يخالف قول القائف الأول . ومثل هـذا ، اذا حكَّمَ المتداعيان قائفاً في لقيط وارتضيا حكمـه فألحقـه بأحدهما ، فان قول القائف هنـا لا ينقض بقول قائف آخر ، لأن قول هذا القائف بتحكيمه يجري مجرى حكم الحاكم ، وحكم الحاكم لا ينقض بمخالفة غيره له .

٣٦٢ ـ ولكن لو ألحقه القائف بواحد من المتنازعين ثم أقام الآخر بينة أنه ولده ، حكم القاضي له بـه وسقط قول القائف لأنه بدل فيسقط بوجود الاصل ـ البينة هنا ـ كالتيمم مع الماء . هذا ما ذكره صاحب المغني الحنبلي دون أن يفصل فيما اذا كان الحاق القائف نسب اللقيط بأحـد المتنازعين كان نتيجة عرض القاضي موضوع النزاع على القائف أم أنـه كان نتيجة تحكيم المتنازعين للقائف ، أو أن المتنازعين عرضاه على القائف لا على وجه التحكيم له وانما على وجه الاستئناس برأيه . ويبدو لي أن اطلاق القول من صاحب المغني يعني أنه يعم جميـع الحالات ، بمعنى أن

القاضي ما دام لم يصدر حكمه بالحاق نسب اللقيط ممن الحقه به القائف ، فان القاضي يقضي بموجب البينة المعتبرة ، كالشهود مثلا ، ولا يقضي بموجب قول القائف • ولكن اذا صدر حكم القاضي بناء على قول القائف فلا تسمع بينة أخرى بالحاقه بنسب شخص آخر لأن هذا يعني نقض الحكم الاول ، والاحكام لا تنقض بمخالفة غيرها لها ما دامت أحكاماً سائغة •

٣٦٣ـ ثبوت النسب بقول القافة لا يثبت به كفر ولا رق

اذا ألحقت القافة نسب اللقيط بكافر أو رقيق لم يحكم القاضي بكفره ولا رقه لأن الحرية والاسلام ثبتا للقيط بحكم ظاهر الدار ، أي دار الاسلام فلا يزول ذلك عنه بمجرد الشبه والظن ، كما لا يزول هذا المعنى ـ الحرية والاسلام ـ بمجرد ادعاء نسبه من قبل شخص كافر أو رقيق لا بينة له به ولكن لا ينازعه أحد فيه فان نسب اللقيط يثبت من مدعيه هذا ولكن دون أن يثبت له دين مدعيه غير المسلم ولا رقه•وهذا الذي قلناه صرح به الفقهاء ، فقد قال الاحناف : « واللقيط حرلأن الاصل في بني آدم الحرية لأنهم من آدم وحواء وهما حران • والرق انما هو لعارض الكفر والاصل عدم العارض ، ولأن الدار ، دار الاسلام ، دار الاحرار ولأن الحكم للغالب ، والغالب فيمن يسكن بلاد الاسلام الحرية ، وهو المروي عن عمر وعلي »(٢٦١) • وقال الشافعية : « اذا وجد لقيط في دار الاسلام حكم باسلامه تبعاً للدار ، ولأن دار الاسلام فيها مسلمون فيمكن أن يولد ذلك اللقيط لمسلم »(٢٦٢) •

وعلى هذا فيبقى قول القائف مقبولا في ثبوت نسب اللقيط من الكافر

---

(٢٦١) العناية والهداية وفتح القدير ج٤ ص٤١٧ •
(٢٦٢) مغني المحتاج ج٢ ص٤٢٢ •

ويقضي القاضي بموجبه ، ولكن لا يثبت للقيط دين الكافر الذي ألحق به بالتبعية له • لتعليل الفقهاء الذي ذكرناه ولأن الحاق نسب اللقيط بمن ألحقته به القافة هو شيء نافع للصغير وقائم على قول القائف المقبول •

ولكن ليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر ثبوت الكفر للقيط لجواز أن يكون اللقيط مسلماً تبعاً لأمه بأن كان أبوه كافراً وأسلمت أمه ، ولأن الاسلام ثبت له بحكم ولادته بدار الاسلام كما ذكرنا فلا يزول هذا عنه بالحاق نسبه من الكافر لامكان أن يكون ولد الكافر مسلماً •

٣٦٤ـ القافة اقوى من المدعي المنفرد

المدعي المنفرد هو من يدعي نسب اللقيط منه ولا بينة له على ذلك ولا ينازعه في ادعائه أحد • والقاضي يحكم لهذا المدعي بنسب اللقيط منه ويلحقه به ، ولا ينتقض هذا الحكم بادعاء نسبه من قبل مدعٍ منفرد آخر • ولكن لو أقام الآخر الدعوى لالحاق نسبه منه محتجاً بالقافة ، فاذا قبل القاضي دعواه وعرضه على القافة فان ألحقته به حكم القاضي بلحوقه به وثبوت نسبه منه وانقطاع نسبه من الاول وانتزاعه منه وتسليمه الى الثاني ، لأن قول القافة بينة شرعية مقبولة في الحاق النسب ويزول بها وينتقض الحكم الثابت بمجرد دعوى المدعي المنفرد الذي لا ينازعه أحد في ادعائه ولكن لا بينة له على ما يدعيه •

٣٦٥ـ القافة تلحق اللقيط باثنين •

عند الحنابلة اذا ادعى اللقيط اثنان فألحقتهما القافة بهما ، لحق بهما نسبه وكان ابناً لهما في حق الميراث ، فيرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد • وقال الشافعي اذا ألحقت القافة نسب الصغير بأكثر من واحد كاثنين مثلا سقط ادعاء المدعين ولم يؤخذ بقول القافة محتجاً بأن

هذا مروي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وبأنه لا يمكن جعله ابناً لرجلين ، فاذا ألحقته القافة بهما تبين لنا يقيناً كذبهما فيسقط قولهما وادعاؤهما ، ولأن المدعين لو اتفقا على جعل اللقيط ابناً لكل منهما لم يثبت ذلك باتفاقهما ، ولو ادعاه كل واحد منهما وآقام البينة على دعواه سقطت البينتان ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما . وعند الامام مالك يعتبر ابناً لهما ، أي للمدعين به بناء على قول القافة ويكون على كل واحد منهما نصف نفقته وجميع مؤونته ، فاذا بلغ خيّر في موالاة من شاء منهما فيكون ابناً له خاصة . وهناك قول في المذهب المالكي لا يقبل قول القائف في الحاق نسب اللقيط باثنين ويدعى قافة آخرون لالحاقه بأصحهما شبهاً به .

المبحث الثامن

القرعـــة

٣٦٦ـ هل القرعة من وسائل الاثبات

القرعة قد تميز الحقوق وتعينها كما في القسمة بين الشركاء . والقرعة تعين من يتمتع بالحق من بين المتساوين في شروط التمتع به .

ومن أجل هذا أمكن اعتبار القرعة من وسائل الاثبات وطريقاً من طرق الحكم ولكن درجتها متأخرة عن وسائل الاثبات التي بيناها من قبل ، ولهذا نجد الفقيه ابن فرحون المالكي يفرد للقرعة باباً في كتابه تبصرة الحكام باسم « القضاء بالقرعة » .

٣٦٧ـ دليل مشروعيتها

القرعة مشروعة في مواضع سنبينها بعد قليل . ودليل مشروعيتها أن النبي صلى الله عليه وسلم قد استعملها في تعيين الخصوم الذين يبدأون بالحلف قبل غيرهم كما سنبينه . وكان صلى الله عليه وسلم يقرع بين أزواجه في السفر . واستعملت القرعة في شرائع الانبياء السابقة . وقال تعالى عن زكريا عليه السلام وكفالته لمريم « وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم » . وعن نبي الله يونس عليه السلام « فساهم فكان من المدحضين » كما أن في استعمال القرعة في مواضعها دفعاً للتهمة ودفعاً للضغائن ، والشريعة الاسلامية تحرص على مثل هذه الامور .

٣٦٨ـ متى يجري الاخذ بالقرعة

قال الفقيه القرافي في فروقه : اعلم أن من تعينت المصلحة أو الحق

في جهته فلا يجوز الاقتراع بينه وبين غيره ، ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعاً للضغائن والاحقاد ، والرضا بما جرت به الاقدار • ثم ضرب الفقيه القرافي بعض الامثلة التي تجرى فيها القرعة فقال : « فهي مشروعة في الحضانة ، والزوجات في السفر ، والخصوم عند الحكام ، وفي عتق العبيد اذا أوصى بعتقهم »(٢٦٣)•

٣٦٩ـ القرعة لتعيين من يحلف اولاً من الخصوم

روى الامام البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم عرض على قوم اليمين فأسرعوا ، فأمر أن يُسهَم بينهم في اليمين أيهم يحلف • وقال الخطابي في تفسير هذا الحديث كما ينقله عنه العسقلاني : اذا توجهت اليمين على اثنين وأرادا الحلف ، وتنازعا أيهما يبدأ ، فلا يقدم أحدهما على الآخر بالتشهي ، بل بالقرعة ، وهو المراد بقوله فليستهما كما جاء في بعض الروايات ، أي فليقترعا • وقيل صورة الاشتراك في اليمين أن يتنازع اثنان عيناً ليست في يد واحد منهما ولا بينة لواحد منهما فيقترع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واستحقها(٢٦٤) •

وبهذا الحكم أخذ الامام علي رضي الله عنه في قضية خصمين ترافعا اليه في عين تنازعاها ، كل يدعيها لنفسه فأمر بالاقتراع بينهما على الحلف ، فأيهما خرجت له القرعة حلف أولا وأخذ ما ادعاه(٢٦٥) •

٣٧٠ـ القرعة بين ملتقطي اللقيط

اذا التقط اللقيط اثنان وتناولاه تناولا واحداً ، وكان كل واحد

---

(٢٦٣) الفروق للقرافي ج٤ ص١١١ ـ ١١٣ •
(٢٦٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري للعسقلاني ج٥ ص٢٨٥ ـ ٢٨٦•
(٢٦٥) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج٢ ص١٨٠ •

منهما ممن يقر اللقيط في يده لو انفرد بتناوله ، فهما سواء فيه ، فان رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه الى صاحبه جاز لأن الحق له فلا يمنع من الايثار به ، وان تشاحا أقرع بينهما لأنه لا يمكن دفعه الى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساوٍ ، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز فيتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام بالقرعة . والرجل والمرأة سواء ، ولا تترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لأنها هناك رجحت لشفقتها ولأنها تحضنه بنفسها وأبوه يحضنه بأجنبية ، وهنا في مسألة التقاط اللقيط هي عنه أجنبية ويحضنه اذا أخذه بأجنبية فاستويا وهذا مذهب الحنابلة ، وبمثله قال الامام الشافعي ومالك في الاقتراع بين الملتقطين اذا تساويا ولم يرجح أحدهما الآخر بأسبقية التقاط أو بغيره(٢٦٦) .

٣٧١- القرعة في الحضانة

اذا اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وكانوا في درجة واحدة في استحقاق الحضانة للصغير ولم يتفقوا فيما بينهم على واحد منهم يسلمون له الحضانة ولا ينازعونه فيها ، ورفعوا الأمر الى القاضي ، فانه يعين المستحق للحضانة بالقرعة فمن خرجت له قضى الحاكم له بحق الحضانة دون غيره(٢٦٧) .

٣٧٢- القرعة في تعيين سهام الشركاء

تجري القرعة بين الشركاء ليعين القاضي سهام كل منهم وهذا في قسمة الاجبار التي تجري بواسطة القضاء ، في حالة عدم اتفاق الشركاء

---

(٢٦٦) المغني ج٥ ص٦٩١ - ٦٩٢ ، مغني المحتاج ج٢ ص٤١٩ ، تذكرة الحكام ج٢ ص١٠٦ .
(٢٦٧) المغني ج٧ ص٦٢٤ .

على القسمة ، ورفعوا قضيتهم الى القضاء . وهذه القسمة الاجبارية عن طريق القضاء تلزم - كما يقول الحنابلة - باخراج القرعة لأن قرعه قاسم القاضي الذي يباشر القسمة باشراف القاضي بمنزلة حكمه فيلزم باخراجها كما يلزم حكم القاضي . وكذلك قال المالكية في اجراء القرعة لتعيين سهام الشركاء في أموالهم المشتركة اذا ما توافرت شروط القسمة . وأجاز هذه القرعة الحنفية أيضاً قائلين بأنها جازت استحساناً وان كان القياس يأباها ، ووجه الاستحسان هو تطييب القلوب ودفع تهمة الميل لأحد الشركاء ولأن هذا هو ما يعمله الناس من القديم وحتى الآن دون انكار(٢٦٨) .

٣٧٣- القرعة بين متداعيين في عين

اذا ادعى اثنان ملكية عين هي في يد شخص ثالث فأقرَّ بها لأحدهما مبهماً وقال لا أعلم عينه ، فان القاضي يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فالعين المدعى بها تكون له ، ولكن هل يحلف ؟ على وجهين ، والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين(٢٦٩) .

٣٧٤- الاقراع في العتق

وتجري القرعة في حالة من يعتق في مرض موته ما يملكه من رقيق ثم يموت ، ولا يخرجون من ثلث تركته فانه يقرع بين الرقيق فيعتق منهم بقدر الثلث ، نص على ذلك الامام أحمد(٢٧٠) .

---

(٢٦٨) الهداية والعناية وفتح القدير ج٨ ص١٤-١٦ ، المغني ج٩ ص١٢٣-١٢٥ ، تبصرة الحكام ج٢ ص١٠٦ ، القواعد لابن رجب الحنبلي ص٣٩٣ .

(٢٦٩) القواعد لابن رجب الحنبلي ص٣٩٣ .

(٢٧٠) القواعد لابن رجب الحنبلي ص٣٩٥ .

٣٧٥- القرعة في الطلاق

قال الحنابلة : اذا طلق رجل امرأة من نسائه لا بعينها فانها تخرج بالقرعة لغرض حل الزوجات الباقيات له • وبه قال الحسن وأبو ثور • وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يختار ايتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يملك ايقاعه ابتداءً وتعيينه ، فاذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه •

وقال الحنابلة أيضاً اذا طلق واحدة من نسائه ولكنه نسيها فانها تعين بالقرعة ويثبت حكم الطلاق عليها • وكذلك قالوا اذا طلق ثم مات ولم يعرف التي طلقها فانه يقرع بين نسائه ليعرف التي وقع عليها الطلاق لتخرج من الميراث ويبقى الميراث للباقيات(٢٧١) •

(٢٧١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج٧ ص٢٥١ وما بعدها •

المبحث التاسع

تعارض البينات(٢٧٢)

٣٧٦ـ تمهيـــد

ينظر القاضي دعاوى الناس التي يرفعونها اليه ويصدر أحكامه فيها بناء على البينات التي يقدمها أطراف الدعوى . فصاحب البينة المقبولة هو الذي يصدر الحكم لصالحه بناء على بينته المقبولة ، أمـا صاحب البينـــة المردودة فهو الذي يصدر الحكم لغير صالحه . ولكن يحدث أن كــــلاً من طرفي الدعوى يقدم بينـة مقبولة ، فكيف يتصرف القاضي ازاء هاتين البينتين ؟ هل يقبلهما مـع تعارضهما ، أم يرفضهما ويردهما ؟ أم يقبـــل احداهما ويرد الاخرى ؟ هذا ما نجيب عليه في هذا المبحث .

٣٧٧ـ القواعـد التي تحكم البينات المتعارضة .

هناك قواعد معينـة تحكم موضوع تعارض البينـات ، يلتزم القاضي بمراعاتها واعتبارها ، وفي ضوئها يقبل أو يرفض هذه البينات المتعارضـة أو يرجح فيما بينهـا فيأخـذ الراجح ويترك المرجوح ، ونبين فيما يلي هذهالقواعد .

٣٧٨ـ القاعدة الاولى ـ العمل بالبينتين

اذا كانت البينتـان مقبولتين والعمـل بهمـا ممكنـاً ، ولا رجحـان

---

(٢٧٢) الطـرق الحـكمية ص٢١ ، تبصرة الحكام ج١ ص٣٠٩ ـ ٣١١ ، المغني ج٩ ص٢٧٥ ـ ٢٨٣ ، علي قراعة ص١٩٣ ـ ١٩٧ ، اصول استماع الدعوى ص١٩٣ ـ ١٩٧ ، الطريقة الواضحـة الى البينة الراجحة ص٤ .

لاحداهما على الاخرى بحيث يدعو الى قبول الراجحة فقط ورفض المرجوحة ، فانه في هذه الحالة يأخذ القاضي بالبينتين ويقضي بين الخصوم بموجبهما ، ومثاله ٠ لو تنازع اثنان على مال وكان كل منهما ذا يد على المال المتنازع فيه المدعى به وأقام كل منهما البينة على أن المال له وحده ، فان القاضي يعمل بالبينتين ويحكم باشتراكهما في المال مناصفة ٠

وكذلك لو كان المال في يد شخص ثالث وآقام كل منهما البينة على أن المال له على وجه الانفراد والاستقلال فان القاضي يحكم باشتراكهما في المال مناصفة ٠

٣٧٩ـ القاعدة الثانية ـ العمل بالبينة الراجحة

اذا تعذر العمل بالبينتين عمل القاضي بالبينة الراجحة ، والترجيح بين البينات يكون بأمور ، منها :

٣٨٠ـ أ ـ الترجيح بالتواتر

شهادة التواتر ترجح في كل حال على الشهادة غير المتواترة سواء أقامها المدعي أو المدعى عليه ، وسواء كان التواتر مثبتاً أو نافياً في الأموال وغيرها ٠

فاذا أقامها المدعي عمل القاضي بمقتضاها ولم يقبل ابطالها ببينة المدعى عليه ولو قال أنها متواترة ، لأن التواتر الاول الذي أقامه المدعي أفاد اليقين فلا يكون شهود الآخر الا كاذبين ٠ ولكن لو قدر أن المدعي والمدعى عليه استندا الى التواتر ولم يسمع القاضي بينة أحدهما وانما قدم كل منهما جماعة كثيرة لتشهد له ، فان القاضي يمعن النظر في أفراد الجماعتين فيقبل الجماعة التي يلحظ فيها استكمال شروط التواتر ، فيقبل شهادة أفرادها ولأنها تفيد اليقين ويعمل بها ٠

هذا ويلاحظ هنا أن التواتر ليس له عدد معين ولكن كونه جمعاً غفيراً لا يجوز العقل تواطأهم على الكذب هو شرط في التواتر .

٣٨١- ب - ترجح بينة الخارج على بينة الداخل

والمقصود بالداخل هو ذو اليد وهو من كان المدعى به في تصرفه بحيث ينتفع به . والخارج خلافه . وعلى هذا من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة ، فان القاضي يرجح بينة الخارج ، أي المدعي على بينة الداخل ، أي المدعى عليه وهو ذو اليد ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

٣٨٢- ج - ترجح البينة الناقلة على البينة المستصحبة .

فلو شهد الشهود بأن هذه الدار لفلان الذي بناها قبل سنتين ولا نعلم خروجها من ملكه الى الآن . وشهد شهود المدعى عليه بأنه اشتراها من المدعي بعد ذلك ، رجحت هذه الشهادة الاخيرة بينة المدعى عليه وقبلها القاضي دون الاولى لأنها بينة ناقلة علمت ما لم تعلمه البينة الاولى المستصحبة ، بينة المدعي .

٣٨٣- د - الترجيح بكثرة العدد والاشتهار بالعدالة .

قال بهذا الترجيح فريق من فقهاء المالكية ، والحجة لهذا الترجيح بأنه سبيل الترجيح في قبول الاخبار المروية ، فينبغي أن يكون كذلك في قبول الشهادات وترجيحها ، وبأن قبول الشهادة مبني على غلبة ظن صدق الشهود ، فاذا قوي هذا الظن بكثرة عدد الشهود أو باشتهار عدالتهم فينبغي أن يكون التعويل على شهاداتهم والترجيح لها لا على الشهادة الاخرى التي لم يبلغ أصحابها مبلغهم في العدد واشتهار العدالة .

الا أن مذهب الحنابلة خلاف هذا النهج في الترجيح ، فلا ترجيح

عندهم لاحدى البينتين على الاخرى بكثرة العدد أو باشتهار العدالـــة ، والحجة لهم أن الشهادة مقدرة في الشـــرع كالديـــة فلا تختلف بالزيادة أو باشتهار العدالة ما دام الشهود عدولا .

٣٨٤ـ القاعـدة الثالثة ـ تهاتر البينات

واذا تعذر العمل بالبينتين ، وتعذر الترجيح فيما بينهـا ، تهاترت ، أي تساقطت ولم يعمل بهـا جميعـاً ، لأن بعضها يبطل بعضـاً للتعارض الذي لا يمكن معه التوفيق أو للاستحالة أو لعدم المشروعية . ومن أمثلة هذا التعارض الذي يؤدي الى اسقاط الشهادات وعدم اعتبارها :

١ ـ شهد شاهدان أن زيداً قتل عمراً في الكوفة في يوم النحر مـن أيام عيد الاضحى ، وشهد آخران أن زيداً قتل عمراً في بغداد في اليـوم الاول من رمضان فلا يعمل باحدى هاتين الشهادتين لأن أحدهما كـذب يقيناً ولا نعلم أيهما الكاذبة .

٢ ـ ادعى رجلان على امرأة في قيد الحياة بالزوجية أما هي فانهـا أنكرت دعوى الاثنين ، فأقام كل منهما البينـة وأثبت دعواه ، فان بينتهما متهاترتان ولا تقبلان ، لأن المحـل غير ممكن للاشتراك بينهما فيـــه لأن الشرع يحرم أن تكون المرأة تحت زوجين في آن واحد ، وعلى هذا فان القاضي يصدر حكمه برد دعوى الرجلين ويمنعهما من الاتصال بها .

البَابُ الثَالِثُ

الحـــكم

٣٨٥ـ تمهيـد وبيان منهج البحث .

اذا فرغ القاضي من سماع حجج وبينات ودفوع أطراف الدعوى ، وأعلن ختام المرافعة ، وجب عليه اصدار الحكم المناسب في الدعوى دون تأخير . وهـذا الحكم يستمده من الشريعة الاسلامية لأنهـا هـي قانونه الواجب التطبيق . ولكن هل يجب على القاضي اصدار هذا الحكم بصيغة معينـة ؟ ثم هل من طبيعة هـذا الحكم أن يعطي الحق للمحكوم لــه في المحكوم به ظاهراً وباطنـاً ، حتى ولو كان لا يستحقه في حقيقـة الامر ؟ ثم هل يجوز نقض هذا الحكم بعد صدوره ؟ ومن ينقضه ؟ والحكم بعـد هذا وذاك ، اذا لم ينقض أو ابرم بعد نقضه ، فكيف يتم تنفيذه ومن الذي يقوم بهذا التنفيذ ؟ هذه الامور وغيرها مما لـه علاقة بالحكم هي موضوع هذا الباب ، الذي نقسمه الى الفصول التالية :

الفصل الاول ـ القانون الواجب التطبيق

الفصل الثاني ـ اصدار الحـكم

الفصل الثالث ـ طبيعة الحـكم

الفصل الرابع ـ نقض الحـكم وابرامه

الفصل الخامس ـ تنفيـذ الحـكم

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق

٣٨٦ـ القانون الاسلامي هو القانون الواجب التطبيق

القانون الاسلامي هو الشريعة الاسلامية ، فهي القانون الواجب التطبيق الذي يستمد منه القاضي أحكامه في جميع الدعاوى التي ينظرها بدون استثناء ، سواء كانت جزائية أو مدنية ، وسواء كان أطراف الدعوى من مواطني دار الاسلام أو أجانب عن هذه الدار ، وسواء كانوا جميعا مسلمين أو غير مسلمين أو خليطاً من هؤلاء وأولئك ، فولاية القانون الاسلامي تمتد على هؤلاء جميعاً وعلى جميع دعاواهم بلا استثناء كما قلت . ولا يجوز للقاضي المسلم أن يحكم بغير الشريعة الاسلامية ، لأنها قانونه الذي يطبقه . قال الفقيه ابن حزم الاندلسي : « ولا يحل الحكم الا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وهو الحق ، وكل ما عدا ذلك فهو باطل وظلم لا يحل الحكم به وينسخ أبداً اذا حكم به حاكم » . قال تعالى : « وان أحكم بينهم بما أنزل الله » . وقال سبحانه وتعالى : « وآمنوا بما نُزّل على محمد وهو الحق من ربهم »[٢٧٣] .

وما صرح به الفقيه ابن حزم هو قول فقهاء المسلمين وعوام المسلمين جميعاً ، لأن وجوب الحكم بما أنزل الله مما يعرفه كل مسلم وبالضرورة ولا يسع أي واحد أن يجهله ، لأن الله سبحانه وتعالى قال في كتابه الكريم الذي يتلوه المسلمون في آيات ثلاث متعاقبة :

---

(٢٧٣) المحلى لابن حزم ج٩ ص٣٦٢ .

« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون »
« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون »
« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون »

٣٨٧ـ المقصود بالقانون الاسلامي •

قلنا ان القانون الاسلامي هـو الشريعة الاسلامية ، وهـذه الشريعة بمعناها الدقيق ليست سوى وحي الله باللفظ والمعنى وهو القرآن ، وبالمعنى دون اللفظ وهو السنة النبوية الشريفة •

وحيث أن نصوص القرآن والسنة أشارت الى مصادر معتبرة يمكن أن تستقى منها الاحكام الشرعية كالاجماع والقياس ، فان هـذه الاحكام التي تستفاد من هذه المصادر تعتبر من الشريعة الاسلامية أيضاً باعتبار أن نصوص القـرآن والسـنة دلت على هـذه المصـادر وأذنت باستخراج الاحكام منها •

وعلى هـذا فان مفهوم الشريعة الاسلامية أصبح بهـذا التوسع والاصطلاح يشمل الاحكام الشرعية المستفادة من نصوص القرآن والسنة والمستفادة من المصادر التي دلت عليها نصوص القرآن والسنة ، وهـذه الاحكام بنوعيها ، هي مفهوم القانون الاسلامي الذي يحكم بـه القاضي باعتبار أن هذا القانون هو الشريعة الاسلامية كما أشرنا من قبل •

٣٨٨ـ هـل يجـوز تقييد القاضي بمذهب معين •

قلنا أن قانون القاضي ، هو القانون الاسلامي ، وهـذا هو القانون الواجب التطبيق • والقانون الاسلامي هو الشريعة الاسلامية ، وان هـذه الشريعة في الاصطلاح هي مجموعة الاحكام الشرعية المستفادة من القرآن والسنة والمصادر الشرعية المعتبرة الاخرى التي دلّ عليها القرآن والسنة •

ومن هذا يتضح بجلاء ووضوح أن تقييد القاضي بمذهب معين والزامه بوجوب الحكم بهذا المذهب الفقهي دون سواه ، يعني جعل قانونه الواجب التطبيق هو أحكام هذا المذهب وليس أحكام الشريعة الاسلامية ، وهذا لا يجوز ، لأن الشريعة الاسلامية بمفهومها الذي بيناه أكبر وأوسع من أي مذهب فقهي ، وليس أي مذهب فقهي أكبر وأوسع من الشريعة الاسلامية أو مساوياً لها ، يوضح ذلك أن المذاهب الفقهية هي وجوه لتفسير نصوص القرآن والسنة واجتهادات معينة لاستنباط الاحكام من مصادرها المعتبرة ، ولا يمكن أن يكون وجه معين من وجوه التفسير أو اجتهاد معين من اجتهادات الفقهاء لاستنباط الاحكام هو الوجه الوحيد لتفسير نصوص الشريعة الاسلامية أو الاجتهاد الوحيد لاستنباط أحكامها . ولهذا نص الفقهاء على أنه لا يجوز تقييد القاضي بمذهب معين ولا أن يشترط عليه ذلك عند تقليده ولاية القضاء . قال الامام ابن قدامة الحنبلي « ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه ، وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال : « فاحكم بين الناس بالحق » والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فان قلده على هذا الشرط بطل الشرط . وفي فساد التولية وجهان »(٢٧٤) .

ويقول الحنابلة ، قال ابن فرحون المالكي « وعلل بطلان شرط الحكم بمذهب معين ، بأن هذا الشرط شرط ينافي مقتضى العقد ، لأن عقد تولية القضاء ، يقضي بأن يحكم القاضي بالحق الذي عنده ، وهذا الشرط يمنعه من ذلك لأنه يلزمه بالحكم بمذهب معين وان ظهر له الحق في غير هذا المذهب »(٢٧٥) .

---

(٢٧٤) المغني ج٩ ص١٠٦ .
(٢٧٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٢٢ .

وكذلك نص الفقيه الماوردي على بطلان شرط تقييد القاضي بالحكم بمذهب معين ، وعلل البطلان بأن هذا الشرط يمنعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد[276] .

٣٨٩ـ ضرورة الاجتهاد للقاضي

واذا كان تقييد القاضي بمذهب معين لا يجوز ، وأن القانون الاسلامي بمعناه الواسع الذي بيناه هو القانون الواجب التطبيق فان الاجتهاد يبدو ضرورياً لحسن فهم النصوص وللقدرة على استنباط الاحكام من مصادرها حتى يتمكن القاضي من معرفة الحكم المناسب والصحيح للدعوى التي ينظرها .

٣٩٠ ـ ولضرورة الاجتهاد للقاضي قال الفقهاء يشترط لتولي القضاء أن يكون المراد توليته مجتهداً ، وقد نصوا على هذا الشرط في كتبهم كالحنابلة والشافعية والمالكية وقالوا لا يجوز تعيين المقلد لوظيفة القضاء الا عند الضرورة حيث لا يوجد المجتهد . أما الحنفية فقد جعلوا الاجتهاد شرطاً للاولوية وليس شرطاً لصحة تولية غير المجتهد القضاء ، معللين ذلك بتعذر وجود المجتهد في كل زمان ومكان[277] .

٣٦١ـ متى يقضي القاضي باجتهاده .

هذا ، وأن القاضي انما يقضي باجتهاده لا باجتهاد غيره اذا لم يجد الحكم المناسب للواقعة التي ينظرها لا في الكتاب ولا في السنة ولا في الاجماع . فعليه ، اذن ، أن يفتش عن الحكم في كتاب الله وسنة رسوله

---

(٢٧٦) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٨٧ ـ ١٨٨ .

(٢٧٧) المغني ج٩ ص٤٠ ـ ٤١ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص٦٣٦ ـ ٦٤١ ، تبصرة الحكام ج١ ص٤٤ ، المبسوط للسرخسي ج١٦ ص٦٧ ـ ٧٢ ، رد المحتار ج٤ ص٤٢٤ .

فان وجده أخذ به ، وان لم يجده تحول الى الاجماع ، فان وجد الحكم فيه أخذه ، وان لم يجده تحول الى الاجتهاد بأنواعه كالقياس والمصلحة .

٣٩٢ ـ والدليل على هذا النهج وضرورة التزام القاضي به ما يأتي :

أولا ـ روى أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل معاذاً الى اليمن قاضياً ، وقال له : « كيف تقضي اذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله . قال : فان لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فان لم تجد بسنة رسول الله ولا في كتاب الله ؟ قال : اجتهد برأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله »(٢٧٨) .

ثانياً ـ الرجوع الى الاجماع اذا لم يجد القاضي الحكم المناسب للواقعة لا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والدليل على ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى قاضيه شريح : اذا جاءك شيء في كتاب الله فاقضي به ولا يلفتنك عنه الرجال ، فان جاءك ما ليس في كتاب الله فانظر سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقضي بها ، فان جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانظر ما أجمع عليه الناس فخذ به(٢٧٩) .

هذا ويلاحظ هنا أن الاجماع لم يذكر في حديث معاذ لأن الاجماع كمصدر للاحكام لم يظهر الا بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أما في حياته فلم يكن الاجماع مصدراً للاحكام وانما كان المصدر هو الوحي وفقه الوحي وليس شيئاً غيره .

---

(٢٧٨) سنن ابي داود ج٩ ص٥٠٩ ـ ٥١٠ .
(٢٧٩) سنن الدارمي ج١ ص٦٠ .

٣٩٣ـ الالتزام بترتيب مصادر الاحكام ـ

فعلى القاضي المجتهد أن يلتزم بهذا النهج السديد وهـذا الترتيب المشروع في الرجوع الى مصادر الاحكام الشرعية لمعرفة الحـكم الشرعي الذي ينطبق على الدعوى التي ينظرها ، وأن يبذل كل جهده في الوصول الى الحكم الصحيح حسب اجتهاده ، لأن الذي عليه ، كما يقول الفقيـه الماوردي أن « يعمل على اجتهاد نفسـه لا على اجتهـاد غيره »[٢٨٠] . بمعنى أن القاضي انما يقضي باجتهاده لا باجتهاد غيره مـا دام أن الحـكم غير منصوص عليه في الكتاب والسنة وغير موجود في الاجماع .

٣٩٤ـ قانون القاضي المقلد

واذا تعذر وجود المجتهد لتقليده ولاية القضاء ، جاز توليـة المقلد للضرورة ونفذ قضاؤه ، وعلى هذا نص الفقهاء ، وعللوا ذلك بالضرورة ، وقالوا أن عليه أن يحكم بالمشهور من مذهبه[٢٨١] .

ولكن هل يجوز الزام القاضي المقلد بالحكم بمذهب معين ، سـواء كان مذهبه الذي يقلده أو مذهب آخر ؟ ورد عن الامـام سحنون المالكي أنه ولى رجلا القضاء وشرط عليه أن لا يقضي الا بقول أهل المدينة[٢٨٢] وكأنه يقصد مذهب الامام مالك .

٣٩٤(مكرر) ـ هل يجوز لولي الامر الزام القضاة بمذهب معين ؟

واذا جاز تعيين المقلد غير المجتهد لوظيفة القضاء للضرورة ، فهـل يجوز لولي الامر تقيـد القضـاة المقلدين المعينين بمذهب معـين بحيث لا يحكمون الا بموجبه ؟ الظاهر لي الجواز ، فيجوز لولي الامر أن يختـار

(٢٨٠) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٨٤ .
(٢٨١) مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٧ ، تبصرة الحكام ج١ ص٢٤ .

مذهباً معيناً ويلزم القضاة باتباعه في قضائهم ، وقد ذكرنا في الفقرة السابقة النقل عن سحنون الفقيه المالكي أنه ولى رجلا القضاء وشرط عليه أن يتبع مذهب أهل المدينة ، وسحنون فقيه من قدماء فقهاء المذهب المالكي ، وعمله هذا يستأنس به في مسألتنا هذه • ولا يقال قد يوجد قضاة مجتهدون فكيف يصح الزام الجميع بما فيهم القضاة المجتهدون بمذهب معين ؟ والجواب أن الغالب على القضاة التقليد ، وأن وجود المجتهد فيهم شيء نادر جداً والعبرة دائماً للغالب لا للنادر •

ثم أن مقتضيات المصلحة العامة المشروعة واستقرار الاحكام ووحدتها في الدولة وابعاد القضاة عن مواطن الاتهام بالميل الى أحد الخصوم ، وجعل القضاء يسير على نهج منظم معروف للخصوم وللناس كل هذا ونحوه يرجح القول بجواز تقييد ولي الامر للقضاة بمذهب معين وهذا ما كان يجري في زمن الدولة العثمانية ، وهي دولة كانت تسير وفق المذهب الحنفي الذي اتخذته مذهباً رسمياً لها وقننت بعض أحكام هذا المذهب في مسائل المعاملات وجعلت هذا التقنين قانونها المدني الذي سمته مجلة الاحكام العدلية ، وقد كانت الدولة العثمانية تلزم القضاة بالاخذ بالفقه الحنفي في سائر أقطار الدولة •

٣٩٥ـ هل يجوز تقنين الاحكام الفقهية •

واذا جاز لولي الامر تقييد القضاة بمذهب معين للمصلحة وللضرورة على النحو الذي ذكرناه في الفقرة السابقة ، فهل يجوز لولي الأمر تقنين الاحكام الفقهية التي احتواها المذهب الفقهي الذي ألزم القضاة بالاخذ به ؟ والجواب نعم يجوز ذلك عن طريق اختيار نخبة من أهل الفقه والصلاح والدين لتقنن هذه الاحكام الفقهية • وأرى أن لا تقتصر على تقنين أقوال مذهب معين ، وانما تأخذ بالراجح من أقوال الفقهاء من

مختلف المذاهب الاسلامية المعتبرة على أن يكون مستند الرجحان كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وفقه السلف الصالح وعلى رأسهم الصحابة الكرام وعلى رأس الصحابة الخلفاء الراشدون .

٣٩٦ـ القانون الواجب التطبيق بالنسبة لغير المسلمين

قلنا ان الشريعة الاسلامية هي القانون الاسلامي الواجب التطبيق الذي يطبقه القاضي المسلم على جميع المتخاصمين الذين يرفعون دعاواهم اليه سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين . وعلى هذا دلّ القرآن الكريم وقاله المفسرون وصرح به الفقهاء . ففي كتاب الله قوله تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق » . وقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك » . وهذا بالاضافة الى الآيات الكريمة التي توجب الحكم بما أنزل الله مطلقاً ، ومنها قوله تعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » . وقد قال المفسرون في تفسير هذه الآيات أنها توجب الحكم بما أنزل الله سواء كان الحكم بين المسلمين أو بين غير المسلمين[٢٨٢] .

ومن أقوال المفسرين الصريحة في وجوب الحكم بين غير المسلمين بأحكام الاسلام التي أنزلها الله تعالى ، ما قاله شيخ المفسرين الامام الطبري في تفسير قوله تعالى « فاحكم بينهم بما أنزل الله » فقد قال رحمه الله : « أي أحكم يا محمد بين أهل الكتاب والمشركين بما أنزل اليك من كتابي وأحكامي في كل ما احتكموا فيه اليك »[٢٨٣] .

---

(٢٨٢) تفسير ابن كثير ج٢ ص٦١ ، ٦٦ ، تفسير الرازي ج١٢ ص١١ ، تفسير القرطبي ج٦ ص١٨٦ ، تفسير المنار ج٦ ص٣٩٩ ـ ٤٠٧ ، ٤٢٠ .

(٢٨٣) تفسير الطبري ج٦ ص٢٦٨ .

٣٩٧ - والفقهاء المسلمون مـن مختلف المذاهب الاسلامية صرحوا بما صرح به المفسرون من وجوب الحكم بأحكام الشريعة الاسلامية فـي قضايا غير المسلمين • ويلاحظ هنا أن أحكام الشريعة التي تطبق على غير المسلمين هي نفسها التي تطبق على المسلمين الا في استثناءات قليلة يختلف الفقهاء في مداها ، وأن هذه الاستثناءات مستندها الشريعة الاسلامية نفسها ودلائلها وليس مستندها الاحالة الى شرائع غير المسلمين(٢٨٤) •

٣٩٨- اعتراض ودفعـه

وقد يقال ان القاعدة الفقهية هي : نتركهم وـما يدينـون • فكيف نحكم عليهم بالقانون الأسلامي ، أي بالشريعة الاسلامية ؟ والجـواب أن قاعدة نتركهم وما يدينون ، تعني أن لا نتعرض لهم بأمور دياناتهم وعقيدتهم فلا نلزمهم بتركها جبراً ولا نكرههم على اعتناق الاسلام ، لأن اعتنـاقه يكون عن رضا واختيار لا عن جبر واكراه • قال تعالى : « لا اكراه في الدين » فهـذه القاعدة ، اذن ، لا تعني أن القاضي المسلم لا يطبق عليهم القانون الاسلامي الواجب التطبيق في دار الاسلام والساري المفعول علـى جميع من فيه وعلى جميع ما يرفع الى القاضي من دعاوى • ثم أن ما يدخل في ولاية القضاء هو مـا لـه علاقة بأمور المعاملات لا العبادات ومـا يتصل

---

(٢٨٤) اختلاف الفقهاء للطحاوي ج١ ص٢٤٢ - ٢٤٥ ، المحلى لابن . ج٩ ص٣٦٢ ، ٤٢٥ ، ابن مازة - المـرجع السابق - ج٤ صر وما بعدها ، شرح الازهار في فقه الزيدية ج٢ ص٢٦٨ ، البـ الزخار ج٥ ص٣٦٦ ، المغني لابن قـدامة الحنبلي ج٨ ص٣٥ كشاف القنـاع ج١ ص٧٣١ - ٧٣٢ ، شرح منتهى الارادات ص٧٤٣ ، الام للشـافعي ج٤ ص١٢٩ - ١٣١ ، وج٥ ص٢٥٥ ، المهذب ج٢ ص٢٧٣ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص٢١١ ، المدونة الكبرى ج٤ ص١٦٢ ، ج٦ ص١٧٩ ، ارشاد الامة الى احكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي ص٢١ •

بأمور العقيدة ، فهذه متروكة لهم حسب ما يدينون به ويعتقدونه • أما المعاملات فهذه لا شأن لديانتهم فيها • ثم أن اجماع الفقهاء ونصوص الشريعة دلت على أن القاضي المسلم يحكم في قضايا غير المسلمين بأحكام القانون الاسلامي ، أي الشريعة الاسلامية ، فلا تقوى قاعدة تتركهم وما يدينون ، وقد فسرنا معناها الصحيح ، على هدم هذا الاجماع الفقهي أو نسخ تلك النصوص الواضحة الدلالة على وجوب الحكم بالشريعة الاسلامية من قبل القاضي المسلم في جميع القضايا المرفوعة اليه • فالنظر السليم ، اذن ، يقضي بالعمل بقاعدة تتركهم وما يدينون في دائرتها الصحيحة وهي تتركهم وما يدينون من أمور العبادة والشعائر الدينية ، وما يتصل بالعقيدة ، ونعمل بالنصوص الشرعية القاضية بالحكم عليهم بالشريعة الاسلامية فيما عدا أمور العبادات والعقيدة •

٤٩٩ ـ هذا ، وقد قلنا ان هناك جملة استثناءات تخص غير المسلمين ، يختلفون فيها مع المسلمين ، اذ ينفردون بأحكام خاصة بهم ، الا أن مرد هذه الاستثناءات ، كما قلنا ، الشريعة نفسها فهي التي راعت ما يدينون به الى الحد الذي رأته يستحق الرعاية فخصتهم ببعض الاحكام مثل ميراثهم ، فقد يتوارثون بما لا يتوارث به المسلمون ، وقد تصح بعض أنكحتهم مع أنها لا تصح بين المسلمين •

وعلى هذا الاساس عالج الفقهاء المسلمون قضايا غير المسلمين فوضعوا لها قواعد موضوعية وأحكاماً تفصيلية مستمدة من الشريعة الاسلامية نفسها ، ولم يضعوا لها قواعد اسناد تحيل الى شريعتهم أو الى قانون آخر غير الشريعة الاسلامية ، وهذا المنهج من الفقهاء يخالف منهج القوانين الوضعية عند معالجتها لقضايا ذات عنصر أجنبي ، حيث تضع لها قواعد اسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق سواء كان هذا القانون المحال اليه

أجنبياً أو قانوناً وطنياً هو قانون القاضي • وكذلك تضع هـــذه القوانين الوضعية قواعد اسناد داخلية لتـدل على القانون الواجب التطبيق لحـكم قضايا رعاياها في بعض المسائل ذات العنصر الديني اذا كانت الدولة تتعدد فيهـا القوانين بسـبب اختلاف الدين بين المواطنين • والسبب في مسـلك الفقهاء المسلمين الذي أشرنا اليه ـ وهو أنهم عالجوا قضايا غير المسلمين بقواعد موضوعية وأحكام تفصيلية وليس بوضـع قواعـد اسناد ـ هو أن الشريعة الاسلامية لا تعترف بأي قانون غير قانونهـا ولا تقـر بمزاحمته لها ، ومن المعروف في قواعد القانون الدولي الخاص ، أن نظرية الاحالة في هـذا القانون تقـوم على أساس الاعتراف بمزاحمة القـانون الاجنبي للقانون الوطني ، ولهذا اذا أشار القانون الوطني الى أن القانون الاجنبي هو الواجب التطبيق بناء على نظرية الاحالة ، فان هـذا القانون هو الذي يطبقه القاضي ولو أنـه قانون أجنبي • وتعليل رفض الشريعة الاسلامية والفقهاء المسلمين لنظرية الاحالة هو أن الشريعة الاسلامية شريعة آلهيـة أنزلها الله تعالى لتكون شريعة للبشر عمومـاً ويلزم تطبيقهـا على الجميع كلما أمكن التطبيق ، وحيث أن تطبيقها في دار الاسلام ممكن لأن الولاية للاسلام وأهله ، فيجب تطبيقها على جميـع من في دار الاسـلام مسلمين أو غير مسلمين مواطنين أو أجانب ، وقد أشار فقهاؤنا رحمهم الله تعالى الى هـذا المعنى فقـد قال أبو يوسف رحمـه الله صاحب أبي حنيفـة : « ولأن الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا أنـه تعـذر تنفيذهـا في دار الحرب لعـدم الولايـة ، وأمكن في دار الاسلام فلـزم التنفيذ فيها »[٢٨٥] • واذا كان في قضايا غير المسلمين عنصر ديني يستحق الرعاية فان الشريعة الاسلامية هي التي تقوم بمراعاته الى الحد الذي تراه

---

(٢٨٥) بدائع الصنائع للكاساني ج٢ ص٣١١ •

واجب الرعاية ثم تضع الاحكام المناسبة لهذه القضايا دون أن تحيلها الى شرائعهم لاستفادة الاحكام منها ، ويكون ما تضعه الشريعة من أحكام خاصة بغير المسلمين في هذه الحالة جزءاً من القانون الاسلامي الذي يطبقه القاضي المسلم .

الفصل الثاني

اصدار الحكم

٤٠٠ـ المشاورة قبل اصدار الحكم

قلنا في مبحث أعوان القاضي ، ان القاضي يتخذ له بطانة من أهل العلم يشاورهم في أمور القضاء والدعاوى التي ينظرها • ويشترط فيهم أن يكونوا من أهل العدالة والاجتهاد ان أمكن والا فيكفي فيهم أن يكونوا على قدر من العلم يستحقون معه أن يشاوروا •

٤٠١ ـ وهذه المشاورة من القاضي لهؤلاء مندوب اليها ولو كان القاضي عالماً ، لأن فيها فائدة مؤكدة للقاضي لأنها تساعد على انكشاف ما غمض أو خفي عليه ، ويستبين بها أوجه الاجتهاد في المسألة وما قيل فيها من أقوال أهل العلم والراجح من هذه الاقوال • وانما كان في المشاورة هذه الفوائد لأن الاحاطة بجميع العلوم وأقوال الفقهاء متعذرة على الشخص الواحد ، وقد يتنبه واحد من أهل المشاورة الى الحكم الصحيح في القضية فيشير به الى القاضي فيأخذ به •

٤٠٢ ـ ولكن القاضي على كل حال غير ملزم بأخذ ما يشيرون به عليه ، لأن القاضي يحكم باجتهاده لا باجتهادهم ، الا أنه يمكن أن يستفيد مما يدلون به من حجج وآراء يقتنع بها فيأخذ برأيهم عن اقتناع لا عن تقليد محض • واذا حكم القاضي باجتهاده بعد مشاورته لهم فليس لأحد من أهل المشاورة أن يرد عليه أو ينكر عليه وان خالف حكمه اجتهادهم[٢٨٦] لأن القاضي ، كما قلنا ، يحكم باجتهاد نفسه لا باجتهاد

---

(٢٨٦) المغني ج٩ ص٥٢ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص٢٦٧ ـ ٢٦٨ •

غيره ، وواجبه أن يستشير ويسمع آراءهم ، وحسبهم أن يدلوا بآرائهم وحججهم ، ثم بعد ذلك يكون للقاضي حرية اختيار الحكم المناسب للقضية التي ينظرها وشاور فيها .

٤٠٣- التعجيل في اصدار الحكم

الغرض من نصب القاضي فصل الخصومات وحسم المنازعات ، وكلما كان الفصل سريعاً أو في وقت قصير كان ذلك أحسن لأن صاحب الحق لا يتأخر وصول الحق اليه ، ولا يطول انتظاره . ولكن السرعة في اصدار الحكم والتعجيل به لا يعني السرعة في سماع الحجج والبينات على وجه يمنع استيعاب القاضي لها أو تفهمه لها أو يمنع التدقيق في الدعوى مما يؤثر في سلامة ما يكوّنه القاضي من رأي حولها ، وانما نعني بالتعجيل في اصدار الحكم عدم التأخر في تهيئة مقدمات الحكم ، مثل تأخير اجراء المرافعة ، أو تأجيلها بلا مبرر ، أو تأخير سماع بينات الخصوم ودفوعهم ، أو التأخر في اصدار الحكم بعد اعلان ختام المرافعة . ولهذا اذا تم سماع البينات ولم يبق ما يقال وجب على القاضي اصدار الحكم بلا تأخير لا سيما اذا طلبه الخصوم . ولهذا قال الفقهاء ان من الفروق بين ناظر المظالم وبين القاضي ، أن لناظر المظالم من التأني والامعان في الكشف والتحري ما ليس للقاضي فله أن يؤخر الفصل في القضية واصدار الحكم فيها ولو طلبه الخصوم ، بينما لا يسوغ هذا التأخير للقاضي(٢٨٧) .

٤٠٤- صيغة الحكم والفاظه

اشترط بعض الفقهاء أن يقول القاضي في قرار حكمه « قضيت أو حكمت

---

(٢٨٧) الاحكام السلطانية للماوردي ص٧٩ ، والاحكام السلطانية لابى يعلى الحنبلي ص٦٣ .

بكذا وكذا أو يقول : أنفذت على المدعى عليه القضاء بكذا » حتى أنــه لو قال بدلا عن ذلك « ثبت عندي أن لهذا المدعي فلان على هــذا المدعى عليه فلان كذا وكذا » فان هذه العبارات والالفاظ لا تعتبر من قبيل الحكم الذي يصدره القضاة وبالتالي لا يكون واجب التنفيذ عند الشافعية فــي الراجح من أقوالهم ، واليـه ذهب بعض الحنفيـة ، ولكن المقبول عنــد الاحناف ما جاء في الفتاوى الهندية « والصحيح أن قولـه حكمت وقضيت ليس بشرط ، وأن قوله ثبت عندي يكفي ويعتبر حكماً »(٢٨٨) .

والراجح هو ما جاء في الفتاوى الهندية فلا يشترط لصحة الحـكم الذي يصــدره القاضي أن يكون بصيغة معينــة أو ألفــاظ محددة وانمـا الشرط أن يكون بصيغة وألفاظ واضحة الدلالة في القطع والحسم والبت وخالية من الابهام والغموض .

٤٠٥ـ كتابة الحكم وتسليم نسخة منه الى المحكوم له

يكتب القاضي أو كاتبه بأمر منــه وقائــع الدعوى وبينـات الخصوم ودفوعهم ، وهذا المكتوب هو الذي يسميه الفقهاء « المحضر » فان زاد عليه كتابـة قرار الحكم ســمي « السجل » . ويكتب القاضي أو يأمر كاتبــه بكتابة نسختين من المحضــر والسجل . ويعطي القاضي نسخة من قرار الحكم الى المحكوم له ، ويحتفظ بالنسخة الثانية من المحضر وقرار الحكم عنده في ديوان المحكمة مختوماً عليهــا بختم القاضي ومكتوباً على رأس كل محضر وسجل اسم الخصمين ويضعها في حرز ، وما يجتمع عنــد القاضي يضم بعضه الى بعض ويكتب عليه محضر كــذا في شهر كــذا في سنة كذا حتى يسهل عليه أو غيره الرجوع اليه عند الحاجة(٢٨٩) .

---

(٢٨٨) الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٣٢ ، الرملي ج٨ ص٢٤٠ ، ابن ابي الدم ص١٢٢ .

(٢٨٩) مغني المحتاج ج٤ ص٣٩٥ ـ ٣٩٦ .

الفَصلُ الثَالِثُ

طبيعـة الحـكم(٢٩٠)

٤٠٦- تمهيـد

اذا صدر حكم القاضي كان واجب التنفيذ وصـار من حق المحكوم له أن يطلب تنفيذه واستيفاء ما تضمنه من حقوق له دون أن يكون لأحد الحق في منعـه من هذا الاستيفاء ، باعتبار أن الحكم كشف الحق الثابت للمحكوم له ، فالقاضي لم ينشيء الحق للمحكوم له وانما أظهره وأعلنه وألزم المحكوم عليه به ، لأن للقاضي ولاية الالزام بما يثبت عنـده مـن حقوق للمدعين بها •

واذا جاز للمحكوم له استيفاء الحق الذي تضمنه الحكم له بحماية الدولة ودون أن يكون لأحد الحق في منعه من هذا الاستيفاء ، الا أننـا نسأل هنـا ، اذا كان المحكوم لـه ، في الحقيقة ، غير محق في دعواه ولا يستحق الحق الذي حكم به القاضي لـه ، فهـل حكم القاضي يحـل للمحكوم له ما حكم به القاضي له بالرغم من أنه لا يستحقه ؟ وهل يبقى الشيء المحكوم به ، في هذه الحالة ، حراماً على المحكوم له لا يجوز له اخذه بالرغم من صدور حكم القاضي له به ؟ أم أن حكم القاضي يرفع صفة التحريم عن الشيء المحكوم به ويصيِّره حلالا للمحكوم له ؟ هذا ما نبينه فـي

---

(٢٩٠) المغني ج٩ ص٥٧ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٥٧ ، روضة القضاة ج١ ص٣٢٠ – ٣٢٣ ، التاج والاكليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج٦ ص١٣٨ – ١٣٩ ، شرح الزرقاني على موطأ مالك ج٣ ص٣٨٤ – ٣٨٥ ، الفروق للقرافي ج٤ ص٤١ ، مغني المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج٨ ص٢٤٦ •

الفقرات التالية ، وهذا البيان هو المعنى المقصود من بيان طبيعة الحكم .

٤٠٧ـ اولا ـ طبيعة الحكم بالاموال

حكم القاضي في الاموال لا يزيل الشيء عن صفته التي هو عليها في الحقيقة من حلّ أو حرمة ، فهو لا يحل حراماً ولا يحرم حلالا على من علم حقيقته في باطن الامر ، لأن القاضي انما يحكم بما ظهر له وهو ما أمره الشرع به ويقدر عليه . وقد قال صلى الله عليه وسلم : « انما أنا بشر وأنكم تختصمون اليّ فلعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما أقطع له قطعة من النار » . وما قلناه اجماع من أهل العلم ، في الحكم في الاموال . وعلى هذا فاذا حكم القاضي لشخص في مال لا يستحقه ، فان هذا المال يبقى حراماً على المحكوم له لأنه لا يستحقه ، وأن حكم القاضي لا يرفع صفة التحريم عن هذا المال للمحكوم له .

٤٠٨ـ ثانيا ـ طبيعة الحكم في العقود والفسوخ

أما العقود وفسخها كالنكاح والطلاق والبيع والشراء ونحوها ، اذا حكم القاضي فيها حسب الظاهر له ، وهو خلاف الباطن ، كما لو حكم بشهادة الزور وهو لا يعلم أنها زور ، فقد ذهب جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور الى أن الاموال والفروج وسائر العقود والفسوخ سواء لأنها حقوق ، كلها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم : « فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه » .

٤٠٩ ـ وقال الامام أبو حنيفة ان حكم القاضي في العقود وفسخها كالنكاح والطلاق والبيع والشراء ، ينفذ ـ أي حكم القاضي ـ ظاهراً وباطناً ويجعل الحلال حراماً والحرام حلالا ، حتى لو أن شاهدين

شهدا زوراً بطلاق امرأة وفرّق بينهما القاضي ، وانقضت عدتها جاز لأحد الشاهدين أن ينكحها ، لأن فرقتها بحكم القاضي هي فرقة عامة بحق الكافة ، وحكمه حكم في حق الكافة ، فيدخل فيهم الشاهد وغيره ، وان كانت المرأة في الباطن وحقيقة الامر لم يطلقها زوجها وأن الشاهد بطلاقها زوراً يعلم ذلك • وذهب أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة الى قول الجمهور ، فعندهما أن حكم القاضي لا يغير صفة الشيء المحكوم به وأنه يبقى على ما كان عليه عند الله من حلّ وحرمة بالنسبة لمدعيه وبالنسبة لمن يباشره اذا كان على علم بحقيقته ، وأن حكم القاضي انما ينفذ في الظاهر فقط ولا يحل لمن علم الحقيقة والباطن أن يتصرف خلاف هذا الباطن •

٤١٠- القول الراجح

وقول الجمهور هو الراجح والصحيح ، والحجة له ما احتج به الجمهور وذكرناه عنهم ، ولأن حكم القاضي في حقيقته انما هو كاشف للحق وليس منشئاً له ، فاذا أخطأ في كشف حقيقة الشيء المحكوم به بأن جعله حلالا وحقاً للمحكوم له أو بالنسبة للكافة وهو في الحقيقة خلاف ذلك ، فان هذا الحكم لا يزيل صفة هذا الشيء لأن كشفه غير صحيح • وأيضاً بالقياس على الاموال بطريق الأولى ، لأن الاموال شأنها أقل من شأن الفروج والاعراض ، فاذا لم يؤثر فيها حكم القاضي وانما تبقى على ما كانت عليه من حلّ وحرمة فأولى أن تكون الابضاع هكذا فتبقى على صفتها الاولى من حل أو حرمة اذا حكم القاضي بخلاف هذه الصفة • وأيضاً فان قاعدة « الابضاع أولى بالاحتياط من الاموال » والتي يأخذ بها الاحناف وغيرهم تقضي أن يكون النكاح والطلاق كالاموال ، فلا يزيل الحكم فيها الصفة التي كانت المرأة عليها من حل أو حرمة بالنسبة لمن علم الحقيقة وباطن الامر •

الفصل الرابع

نقض الحكم وابرامه

٤١١ـ تمهيد

اذا صدر حكم القاضي مستوفياً شروط صحته من حيث صيغته ومن حيث سلامته مما يدعو الى نقضه كان حكماً لازماً واجب التنفيذ • واذا أعيد النظر فيه ، فان كان مستحقاً للنقض ، نقض والا أبرم • فما هي القواعد والضوابط التي يسترشد بها القاضي المختص فينقض في ضوئها بعض الاحكام ويبرم البعض الآخر ؟ ثم ما هي الجهة التي تملك حق النقض والابرام ؟ وهل يتم ذلك بطلب أم بدونه ؟ للاجابة على هذه الاسئلة نقسم هذا الفصل الى مبحثين : (الاول) في قواعد النقض والابرام (والثاني) الجهة التي تملك النقض والابرام •

المَبحَثُ الأوّلُ

قواعد النقض والابرام[291]

٤١٣ـ القاعدة الاولى ـ الاجتهاد لا ينقض بمثله

ويترتب على هذه القاعدة ، بالنسبة لنقض الاحكام ، نتيجتان :

النتيجة الاولى ـ أن ما حكم به القاضي بنــاء على اجتهاده السائغ المقبول في المسائل الاجتهادية ، ليس له نقضه باجتهاده الجديد في المسألة التي حكم فيها[292] •

النتيجة الثانية ـ لا يسوغ لأي قاضٍ أن ينقض باجتهاده حكمــاً اجتهادياً أصدره قاضٍ آخر ما دام هذا الحكم قد صدر عن اجتهاد سائغ مقبول ، لأن الاجتهاد السابق لا ينقضه اجتهاد لاحق من قاض آخر ، لأنه لا مزية لاجتهاد الثاني على اجتهــاد الاول مــا دام الاثنان سائغين • واذا نقض القاضي الثاني باجتهاده حكم القاضي الاول الذي أصدره باجتهاده ،

---

(٢٨١) المغني ج٩ ص٥٦ ـ ٥٧ ، التاج والاكليل بشــرح مختصر خليــل للحطاب ج٦ ص١٣٥ ، ادب القاضي للماوردي ج١ ص٦٨٥ ـ ٦٩٢، ادب القضاء لابن ابي الدم ص١٢٥ ، ادب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج٣ ص١٠٩ ـ ١١٠ ، ١٦٧ ـ ١٦٨ ، تبصرة لاحكام لابن فرحــون ص٧٠ ـ ٧٥ ، الفتاوى الهنــدية ج٣ ص٣٥٦ ـ ٣٥٨ ، روضــة القضــاة ج١ ص٣١٩ ـ ٣٢٣ ، الفروق للقرافي ص٤٠ ، ٤١ ، ٥٢ ، مغني المحتاج الى شرح المنهــاج للرملي ج٨ ص٢٤٦ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياغي ج٤ ص١٢٤ •

(٢٩٢) يرى الفقهاء جواز نقض الحـكم من قبــل القاضي الذي اصدره في حالات معينة سنذكرها فيما بعــد ، ولهــذا قلت هنا ان الحــكم الاجتهادي الذي يصدره القاضي لا يجوز له نقضه باجتهاده الجديد •

كان نقض الثاني مستحقاً للنقض ، لأن القضاء في المسائل الاجتهادية حسب اجتهاد القاضي هو قضاء نافذ بالاجماع فلا يجوز التعرض له بالنقض من قبل قاض آخر يريد نقضه بحجة أنه مخالف لاجتهاده هو ٠ وعلى هذا النهج السديد والمسلك القويم سار قضاة السلف الصالح من عهد الصحابة ومن بعدهم من عصور التابعين ٠ وبناء على ما تقدم اذا نقض حكم القاضي الاول قاض ثان وكان حكم الاول اجتهادياً ، كان على القاضي الثالث اذا رفع اليه الامر أن يبطل هذا النقض ويرد القضية الى حكمها الاول ٠ قال الفقيه المعروف القرافي المالكي : « مما ينقض نقض ما لا ينقض ، فاذا قضى قاض بأن ينقض حكم الاول وهو مما لا ينقض ، نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ ويقر الاول ٠ وكذلك لو فسخ الثاني الحكم بالشاهد واليمين رده الثالث لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متيقن »(٢٩٣) ٠

٤١٣ ـ والواقع أن صيانة الاحكام الاجتهادية ، التي صدرت عن اجتهاد سائغ ، من النقض ، سواء كان هذا النقض ممن أصدرها ـ على رأي الفقهاء الذين يجيزون نقض الحكم من قبل القاضي الذي أصدره في حالات معينة ـ أو نقضها من قبل القضاة الآخرين ، يؤدي الى استقرار الاحكام ووثوق الناس بها ، وانهاء الخصومات ، وقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يتذرعون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم وهم في الحقيقة يريدون محاباة من يكون النقض لمصلحتهم ٠ ثم اذا جوزنا نقض الحكم الاجتهادي السائغ بحكم اجتهادي آخر ، فيجب أيضاً تجويز نقض الحكم الاجتهادي الثاني بحكم اجتهادي ثالث وهكذا ، وهذا غير مقبول فلا يجوز قطعاً للتسلسل ٠ ولهذا قال بعض فقهاء الزيدية في هذا المعنى « اذا أخطأ الحاكم فحكم بخلاف اجتهاده هو مما يجوز على قول

---

(٢٩٣) الفروق للقرافي ج٤ ص٤٣ ٠

بعض المجتهدين فانه لا يفسخه ، ويحكم بالمستقبل بما يؤدي اليه اجتهاده والوجه في عدم النقض ما يؤدي اليه من التسلسل بنقض النقض من الآخرين فتفوت مصلحة نصب الحاكم من فصل الخصومات لعدم الوثوق بالحكم »(٢٩٤) .

٤١٤ ـ القاعدة الثانية ـ السوابق القضائية لا تقيد القاضي ولا تلزمه

اذا قضى القاضي في مسألة اجتهادية بحكم معين ، فانه لا يتقيد به في القضايا المماثلة للقضية الاولى ، فله أن يحكم فيها بحكم جديد اذا تغير اجتهاده في هذه القضايا وبالتالي لا يجوز له أن ينقض حكمه الجديد بحجة حكمه القديم . وكذلك لا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه القديم بحجة اجتهاده الجديد ، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله ، كما لا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه الجديد بحجة مخالفته لحكمه القديم لأن السوابق القضائية لا تقيد القاضي . وعلى هذا النهج سار قضاة السلف . فقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لم يورث الاخوة الاشقاء مع الاخوة لأم باعتبار الاخيرين أصحاب فرض وأن الاولين عصبة وحيث لم يبق من التركة شيء لاستغراق أصحاب الفروض سهام المسألة الارثية فلم يبق شيء للاخوة الاشقاء لأنهم عصبة يأخذون الباقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم ، وحيث لم يبق شيء من التركة ، كما قلنا ، فلا يستحقون شيئاً . ثم عرضت على سيدنا عمر مسألة مشابهة للمسألة الاولى فشرّك سيدنا عمر الاخوة الاشقاء مع الاخوة لأم في فرضهم باعتبارهم يشتركون معهم في الأم الواحدة .. فجاءه الاخوة الاشقاء الاولون وقالوا : لِمَ لم تورثنا وورثت أمثالنا ؟ فقال سيدنا عمر رضي الله عنه قولته المشهورة : تلك على ما قضينا ، وهذه على ما نقضي .

وعلى هذا فليس من مبررات نقض حكم القاضي مخالفته لما حكم به في قضية سابقة مماثلة لهذه القضية •

٤١٥ـ القاعدة الثالثة ـ ينقض الحكم المخالف للنص او الاجماع

فاذا حكم القاضي بحكم يخالف نص القرآن أو السنة الصحيحة أو الاجماع فان هذا الحكم يستحق النقض • وقد أضاف القرافي في فروقه أن من موجبات النقض مخالفة الحكم للقياس الجلي السالم عن المعارضة ، أو مخالفته لقاعدة من القواعد العامة الشرعية السالمة عن المعارض(٢٩٥) • وبناء على ما تقدم ، فان حكم القاضي اذا رفع لقاضٍ آخر لينقضه ، فانه ينقضه اذا خالف ما ذكرناه ، ويمضيه ويبرمه اذا لم يخالف ذلك •

٤١٦ـ القاعدة الرابعة ـ تنقض احكام قضاة الجور والسوء اذا كانت جائرة •

ذهب جمهور المالكية الى أن القاضي الجائر في أحكامه ، اذا كان معروفاً في ذلك وكان غير عدل في سيرته وحاله ، وسواء كان ذا علم أو ذا جهل فان أحكامه ترد وتنقض سواء كانت في حقيقتها صواباً أو خطأً لأنه لا يؤمن حيفه الا ما عرفنا من أحكامه أن حكمه صواب ، والبينة التي استند اليها حكمه بينة سليمة مستقيمة عادلة ، فان حكمه هذا يمضي ولا يرد • وقال بعض المالكية ان أقضية قضاة السوء جائزة ما عدلوا فيه منها ، وينقض منها ما تبين فيه الجور ، أو قامت حوله الريبة • وقال بعض آخر من فقهاء المالكية ، في القاضي الجائر ثلاثة أقوال :

الاول ـ تنقض أحكامه مطلقاً ، وهذا قول ابن القاسم •

الثاني ـ حمل أقضيته على الصحة ما لم يثبت الجور •

---

(٢٩٥) الفروق للقرافي ج٤ ص٤٠ • ويبدو لي ان القياس الجلي السالم عن المعارضة وكذا القاعدة العامة السالمة عن المعارض ، هما محل اجماع ، اذ يندر الخلاف فيهما •

الثالث ـ يمضي من أحكامه ما عدل فيه ولم تحصل فيه ريبة ، ويفسخ ما ثبت فيه الجور ان استريب •

٤١٧ ـ ولنا على ما ذكره فقهاء المالكية في قضاة الجور والسوء ملاحظتان :

الملاحظة الاولى ـ أن القاضي الجائر المعروف بالجور والسوء يستحق العزل حالا لتخليص الناس من جوره • ولكن يبدو أن المالكية قدروا في أنفسهم احتمال استمرار قاضي الجور في وظيفته وعدم عزله لأي سبب كان فقالوا ما قالوه لتخليص الناس من شروره •

الملاحظة الثانية ـ أن تنفيذ وتطبيق آراء الفقه المالكي على اختلافها على أحكام قضاة الجور والسوء ، تستلزم عرض أحكامهم جميعاً على جهة معينة : قاضٍ واحد أو جملة قضاة ، ليفحصوا هذه الاحكام ويدققوا فيها وفي أسباب ثبوتها التي استندت اليها ، فينقضوا منها ما يستحق النقض ، ويبرموا منها ما يستحق الابرام •

والمالكية ، شأنهم في ذلك شأن بقية فقهاء المذاهب الاخرى ، لم يقولوا بتعيين وتحديد جهة معينة تنظر في الاحكام لنقضها أو ابرامها ، كما سنذكر ذلك ، وانما قالوا بجواز نقض الاحكام اذا عرضت على قاض آخر أو اذا قام هو من تلقاء نفسه بفحصها فينقضها أو يبرمها في ضوء مبررات النقض والابرام حسب قواعد كل مذهب فقهي في النقض والابرام •

٤١٨ القاعدة الخامسة ـ التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض •

لأن القاعدة كما يقول القرافي : « أن التهمة تقدح في التصرفات اجماعاً من حيث الجملة » وهي ، أي التهمة ، مختلفة المراتب ، فأعلى

رتب التهمة ، معتبر اجماعاً مثل حكم القاضي لنفسه ، فان هـذا الحكم ينقض بلا خلاف بين الفقهاء • وأدنى رتب التهم مردود اجماعاً اذ لا تأثير له في سلامة حكم القاضي مثل حكمه لجيرانه وأهل بلدته • والوسط من التهم مختلف فيه : هل يلحق بالاول فينقض الحكم به ، أم يلحق بالثاني فلا يؤثر في الحكم ولا ينقض به ؟ وأصلها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين ، أي متهم • قال ابن يونس في الموازية : كل من لا تجوز شهادته له لا يجوز حكمه له • وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى : لأن حكم الحاكم لازم للمقضي عليه فهو أولى بالرد من الشهادة(٢٩٦) •

٤١٩ ـ وعلى هذا فان من موجبات النقض توافر التهمة في حق القاضي ، ولكن هل يكفي مجرد وجود التهمة لنقض حكم القاضي حتى ولو كان بذاته صحيحاً وسليماً ؟ أم لا بد من أن يظهر معيباً وغير سليم بسبب هذه التهمة ؟ يبدو لي أن حكم القاضي يجب نقضه اذا وجدت التهمة المعتبرة دون حاجة الى فحص الحكم والتأكد من تأثره بما دعا الى التهمة ، فاذا حكم القاضي مثلا لنفسه أو لولده نقض حكمه دون حاجة للنظر في الحكم لمعرفة كونه حقاً أو باطلا • وتعليل هذا المسلك الذي نقول به ، أي نقض الاحكام للتهمة المعتبرة دون حاجة الى فحصها ، هو لضبط الاحكام ، وابعاد الحكام عن مواطن الشكوك ، وجعل الناس يثقون بحكامهم ويطمئنون بأحكامهم •

٤٢٠ـ القاعدة السادسة ـ تدقق احكام قليل الفقه ومن لا يشاور فيبرم منها الصحيح وينقض منها ما كان خطأ بينا •

فقد جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي : « وأما القاضي

(٢٩٦) الفروق للقرافي ج٤ ص٤٣ •

العدل الجاهل فان أقضيته تكشف ، فما كان منها صواباً أُمضي ، وما كان منها خطأً بيناً لم يختلف فيه رُدَّ » . ثم قال ابن فرحون : « وفي الوثائق المجموعة اذا كان القاضي من أهل العدل الا أنه عرف أنه لا يشاور في أحكامه فانها تتصفح ، فما كان منها موافقاً للسنة نفذ .. ويفسخ منها ما كان خطأً بيناً »(٢٩٧) .

٤٢١ـ القاعدة السابعة : اذا كان الحكم المنقوض صحيحاً فان الحكم الناقض ينقض ويبرم الحكم المنقوض

وقد أشار الفقيه المالكي الى هذا المعنى في فروقه ، فقال رحمه الله تعالى : « مما ينقض نقض ما لا ينقض ، فاذا قضى قاضٍ بأن ينقض حكم الاول (أي حكم القاضي الذي أصدر الحكم) وهو مما لا ينقض ، نقض الثالث (أي نقض القاضي الثالث) حكم الثاني (أي حكم القاضي الثاني) لأن نقضه خطأ ، ويمضي الاول ... »(٢٩٨) .

(٢٩٧) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٧٣ . ويبدو ان القاضي يعرف بقلة علمه أو بعدم مشاورته لاهل العلم عن طريق الرقابة عليه ، على النحو الذي بيناه من قبل ، انظر الفقرات ١١٩ ـ ١٢٣ .

(٢٩٨) الفروق للقرافي ج٤ ص٤٣ ، وهذا النقض الثاني أي نقض النقض يشبه تصحيح قرار محكمة التمييز ـ محكمة النقض والابرام ـ ذلك القرار الذي تصدره بشأن الحكم الذي نظرته وقررت نقضه أو ابرامه ، ويراد بتصحيح القرار نقض قرارها هذا لاسباب معينة تستدعي هذا النقض الثاني .

المبحث الثاني

الجهة التي لهـا حق النقض والابرام

٤٢٢ـ تمهيــد

لم يحدد الفقهاء الجهة التي لها وحدها دون غيرها حق نقض الاحكام وابرامها ، وانما أجازوا ذلك للقاضي الذي أصـدر الحكم ولغيره مـن القضاة كما سنبينه فيما بعد ، ثم نبين رأينا في كيفيـة تنظيم نقض الاحكام وابرامها في ضوء ما قاله الفقهاء أنفسهم وبما يحقق المصلحة للناس •

٤٢٣ـ اولا ـ ينقض الحكم من اصدره

اذا أصدر القاضي حكماً في قضية ثم ظهر له أن هذا الحكم خطـأ ويتعين نقضه قام هـو بنقضه ، وبهـذا صرح الفقهاء • فقـد قال الفقيـه الرملي الشافعي :

« واذا حكم باجتهاده ثم بان كون ما حكم به خلاف نصّ الكتـاب أو السنة المتواترة أو الآحـاد أو بان خـلاف الاجمـاع أو خلاف قياس جلي ••• نقضه وجوباً ، أي أظهر بطلانه وان لم يترافع اليه هو وغيره بنحو نقضته أو فسخته أو أبطلته »[٢٩٩] •

وقال الفقيه أبو طالب من فقهاء الزيدية : « وعندي اذا أخطأ وحكم بما يخالف الكتاب والسنة والاجماع فانه ينقضه ويرجع عنـه »[٣٠٠] •

وقال ابن فرحون المالكي : « فصل (في نقض القاضي أحكام نفسه) ولـه ذلك اذا ظهر له الخطأ »[٣٠١] •

---

(٢٩٩) الرملي ، المرجع السابق ، ج٨ ص٢٤٦ •

(٣٠٠) الروض النضير شرح المجموع الفقهي ج٤ ص١٢٤ •

(٣٠١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٧١ •

٤٢٤ـ ثانيا ـ ينقض الحكم غير من اصدره

وكما أن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقض حكم نفسه ، فان لغيره من القضاة أن ينقضوا أحكام غيرهم ، اذا رفعت اليهم هذه الاحكام ، أو نظروها من تلقاء أنفسهم ، كما لو نظر القاضي الجديد أحكام سلفه كما سنبينه بعد قليل .

ومن أقوال الفقهاء الدالة على ما قلناه ، قول الفقيه الرملي الذي نقلناه عنه في الفقرة السابقة حيث قال : ينقض الحكم من أصدره وغيره وكذلك صرح الفقيه القرافي بأن للقاضي أن ينقض حكم غيره . فقال رحمه الله : « فاذا قضى قاض أن ينقض حكم الاول وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ ويقر الاول ، وكذلك لو فسخ الثاني الحكم بالشاهد واليمين رده الثالث لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متعين »(٣٠٢) .

٤٢٥ـ هل تنقض الاحكام وتبرم بطلب او بدونه(٣٠٣)

بيّنا فيما سبق الحالات التي ينقض فيها الحكم والحالات التي يبقى فيها الحكم ولا ينقض ، كما بيّنا الجهة التي لها حق النقض والابرام ، ونسأل هنا هل يتم النقض والابرام بطلب من أصحاب الشأن أم يتم ذلك بدون طلبهم ؟ الجواب يتبين مما يأتي .

٤٢٥ ـ أولا : قلنا فيما سبق أن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقضه بنفسه اذا ظهر له مخالفته لنص الكتاب أو السنة . ومعنى ذلك أن هذا النقض يتم بدون طلب من أصحاب الشأن ، ويجوز من باب أولى أن ينقضه اذا طلب ذلك أصحاب الشأن والعلاقة بالحكم .

---

(٣٠٢) الفروق للقرافي ج٤ ص٤٠ .

(٣٠٣) المغني ج٩ ص٥٨ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٦٩٢ ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص٨١ ـ ٩٢ .

٤٢٦ ـ ثانياً : لا يجب على القاضي الجديد أن ينظر أحكام القاضي السابق الذي حلّ هو محله في وظيفته ، لأن الظاهر جريان أحكام القاضي السابق على وجه الصحة والصواب . الا اذا تظلم محكوم عليه من حكم أصدره عليه القاضي السابق ، فان على القاضي اللاحق الجديد أن ينظر في تظلمه وتفحص حكم سلفه القاضي الذي أصدره . فاذا رآه مستحقا للنقض ، كما لو كان مخالفاً للقرآن ، نقضه . واذا رآه على وفق الشرع وسالماً من العيوب أمضاه وأبرمه . ومن هنا يعلم بأن القاضي الجديد لا ينظر في أحكام من سبقه من القضاة في محل وظيفته ، على وجه الوجوب ، الا اذا تقدم أصحاب العلاقة بالحكم بطلب ذلك .

٤٢٧ ـ ثالثاً : اذا لم يطلب من القاضي أحد من أصحاب الشأن النظر في أحكام من سبقه ، وأراد القاضي أن يتعقب أحكام من سبقه ويتفحصها ، فله ذلك ، فما رآه من هذه الاحكام موافقاً للشرع أمضاه وأبرمه ، وما كان مخالفاً للشرع على وجه لا يسوغ قبوله وكان في حق الله تعالى نقضه ، لأن له النظر في حقوق الله تعالى ، وان كان الحكم في حق آدمي لم ينقضه ، كما صرح الحنابلة ، الا بمطالبة صاحبه ، لأن القاضي لا يستوفي حقاً لمن لا ولاية له عليه بغير مطالبة صاحب الحق ، فان طلبه صاحب الحق نقضه ان كان مستحقاً للنقض ، والا أمضاه وأبرمه .

٤٢٨ ـ ويبدو أن المالكية لا يفرقون بين حق الله وحق الآدمي بالنسبة لنقض الحكم في حالة نظر القاضي في الحكم بدون طلب ، فقد قالوا : « وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بني عليه حكمه فيوجد مخالفاً لنص أو اجماع فيتوجب فسخه »[٣٠٤] . ومعنى ذلك أنه اذا

(٣٠٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٧٣ .

وجده صحيحاً أمضاه وأبرمه ، واذا وجده مستحقاً للنقض نقضه ، دون أن يصرحوا بفرق بين ما له علاقة بحق الله أو بحق الآدمي • ومذهب الشافعية ، كما يبدو ، كمذهب المالكية ، فقد قالوا : « فان تعقب ذلك ـ أي تعقب القاضي الجديد أحكام سلفه ـ أو رفعت اليه نظر فيها ، فما وجد فيها مخالفاً للنص أو للاجماع أو القياس الجلي أبطله»(٣٠٥) •

٤٢٩ ـ رابعاً : ذكرنا عن المالكية أنهم قالوا بتدقيق وفحص أحكام القاضي العادل قليل الفقه ، وأحكام من لا يشاور في أحكامه ، وأن أحكام هؤلاء تدقق ، فما وجد منها صحيحاً ابرم ، وما وجد منها خطأ بيّناً نقض ، وكذلك قلنا عنهم انهم يقولون بنقض الحكم الناقض اذا كان الحكم المنقوض صحيحاً • ولكن من يقوم بتدقيق هذه الاحكام فيمضي ما يستحق الامضاء وينقض ما يستحق النقض ؟ يبدو لي أن الذي يقوم بذلك هو الخليفة ، أو نائبه ، أو من يخوله ، وسواء كان ذلك بطلب من أصحاب الشأن بالاحكام أم بدون طلب منهم ، يدل على ذلك ما ذكره ابن فرحون المالكي : « وينبغي للامام أن يتفقد أحوال القضاة فانهم قوام أمره ورأس سلطانه وكذلك قاضي الجماعة ، فينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس • وعلى الامام والقاضي الجامع لاحكام القضاء أن يسأل الثقاة عنهم »(٣٠٦) •

٤٣٠ ـ تنظيم نقض الاحكام وابرامها

عرفنا فيما سبق أن القاضي نفسه يملك حق نقض أو ابطال حكمه الذي أصدره اذا كان مخالفاً للكتاب والسنة ، وأن غيره من القضاة لهم أيضاً حق نقض أحكام غيرهم أما من تلقاء أنفسهم أو بناء على طلب من

---

(٣٠٥) ادب القضاء لابن ابي الدم ص٢٢٤ •

(٣٠٦) تبصرة الحكام ج١ ص٧٧ ، المواق ، المرجع السابق ، ج٦ ص١١٤ •

أصحاب الشأن • ومن الواضح أن توزيع اختصاصات نقض الاحكام وابرامها الى جهات متعددة والى القاضي الذي أصدر الحكم ،وعدم وجود جهة مختصة لها وحدها حق نقض الاحكام وابرامها ، أن حالة كهذه تؤدي الى شيء من المتاعب لاصحاب الحقوق كما تؤدي الى عدم استقرار الاحكام والى الاضطراب في تنفيذها ، وقد يستغل ذلك أصحاب الاهواء والنفوس المريضة من القضاة ومن أصحاب النفوذ فينقضون الحكم الصحيح بحجة مخالفته للشرع الحنيف • ولا شك أن الشريعة الاسلامية ترفض التلاعب في أحكامها وترفض السماح لاصحاب الاهواء أن يستغلوا مثل هذا الوضع • فهل يمكن في ضوء أقوال الفقهاء وبالتخريج على أقوالهم في نقض الاحكام وابرامها أن نضع نظاماً خاصاً لنقض الاحكام وابرامها بما يحقق المصلحة العامة ولا يخالف الشرع ؟

٤٣١ ـ والجواب ، بالايجاب ويتم ذلك على النحو التالي :

أولا ـ يجوز لولي الامر أن يعين قاضياً أو أكثر يكون له أو لهم وحدهم دون غيرهم حق النظر في الاحكام التي يصدرها القضاة فينقضونها ان كانت مستحقة للنقض ويبرمونها ان كانت مستحقة للابرام • وفي حالة نقض الحكم يجب على الجهة الناقضة أن تصدر الحكم الصحيح في الدعوى ، ولا يجوز النظر فيه مرة ثانية الا وفق اجراءات وشروط معينة ومن قبل جهة معينة أخرى ، أو من قبل نفس الجهة التي أصدرته •

ثانياً ـ ويجوز لولي الامر أن يختار تنظيماً آخر فيعين قاضياً أو أكثر للنظر في الدعاوى بدرجة أولى ، ويعين قضاة آخرين ينظرون في الاحكام التي صدرت بدرجة أولى فيفسخونها ان كانت مستحقة للفسخ ، ويؤيدونها ويمضونها ان كانت مستحقة للامضاء ، وفي حالة الفسخ يصدرون أحكاماً جديدة محلها • ثم هذه الاحكام الجديدة والتي

أبرموها ترفع الى الجهة المختصة بنقض وابرام الاحكام فتنقض المخالف للنص المستحق للنقض وتبرم الصحيح .

٤٣٢ – والدليل على جواز ما ذكرته أن الفقهاء أجازوا أن ينظر في حكم القاضي قضاة آخرون متعددون ، فقد جاء في كتاب أدب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة : « ... ففي الوجه الاول ، فالقاضي الذي رفعت اليه القضية ينقضها ولا ينفذها ، حتى لو نفذها ثم رفعت الى قاض ثالث ، فالثالث ينقضها . وفي الوجه الثاني اذا قضى بقول البعض وحكم بذلك ثم رفعت الى قاض آخر يرى خلاف ذلك فانه ينفذ هذه القضية ويمضيها ، حتى لو قضى بابطالها ونقضها ثم رجع الى قاض آخر فان هذا القاضي الثالث ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثاني لأن قضاء الاول كان في موضع الاجتهاد »(٣٠٩) . وقال الفقيه القرافي في فروقه : « فاذا قضى قاض بأن ينقض حكم الاول وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ ويقر الاول . وكذلك لو فسخ الثاني الحكم بالشاهد واليمين ردها الثالث لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متعين »(٣١٠) . ويمكن أن يستخلص من هذا القول ، أنه من الممكن لولي الامر أن يعين ثلاثة أنواع من القضاة ويجعل اختصاصهم على النحو التالي :

النوع الاول – قضاة يصدرون الاحكام في الدعاوى التي ينظرونها ، ولا يحق لهم اعادة النظر فيها لأي سبب كان ، ونسميهم اصطلاحاً (قضاة الدرجة الاولى) .

---

(٣٠٩) ابن مازة ، المرجع السابق ، ج٣ ص١٠٩ – ١١٠ .
(٣١٠) الفروق للقرافي ج٤ ص٤١ .

النوع الثاني ـ قضاة ينظرون في أحكام قضاة الدوجة الاولى ، كلها أو بعضها ، ويكون من صلاحيتهم ابرام وتأييد هذه الاحكام ان رأوها صحيحة ، وفسخها واصدار بدلها أحكاماً جديدة ، ان رأوها تستحق الفسخ ، ونسمي هذا النوع من القضاة (قضاة الدرجة الثانية) أو قضاة الاستئناف

النوع الثالث ـ قضاة ينظرون في بعض أحكام قضاة الدرجة الاولى ، وفي جميع أو معظم أحكام قضاة الدرجة الثانية ، فما رأوه موافقاً للشرع أبرموه ، وما كان مخالفاً للشرع نقضوه • وفي حالة النقض ، يصدرون الاحكام المناسبة بدل الاحكام المنقوضة ، الا اذا رأوا اعادة القضية الى المحكمة التي أصدرت الحكم لتنظر فيها على الوجه الذي يأمر به قضاة هذا النوع ونسميهم (قضاة الدرجة الثالثة) أو قضاة النقض والابرام •

٤٣٣ ـ والدليل على جواز حصر ولاية النظر في الاحكام وفسخها ونقضها وابرامها بالقضاة الذين يعينهم ولي الامر لهذه الاغراض ومنع غيرهم من القضاة النظر في هذه الاحكام حتى ولو كانوا هم الذين أصدروها ، أقول الدليل على ذلك هو ما ذكرناه في أبحاثنا السابقة من أن القضاء يمكن تخصيصه في الزمان والمكان ونوع الخصومات •

٤٣٤ ـ أما كيفية النظر في الاحكام الصادرة ، فهذا أيضاً يمكن تنظيمه بوضع ضوابط معينة من قبل ولي الامر على النحو التالي :

أولا ـ الاحكام الصادرة من قضاة الدرجة الاولى •

وهذه تُجعَلُ على نوعين : (النوع الاول) المتعلقة بحقوق الله تعالى ، وهذه يجب رفعها الى قضاة النقض والابرام • (والنوع الثاني) في حقوق والآدميين ، وهذه ترفع الى قضاة الدرجة الثانية بطلب من المحكوم عليهم •

ولهم اذا أرادوا أن يرفعوها رأساً الى قضاة النقض والابرام •

ثانياً ـ الاحكام الصادرة من قضاة الدرجة الثانية •

وأحكامهم ، أما تأييد وابرام أحكام قضاة الدرجة الاولى ، وأما أحكام جديدة أصدروها بدلا عن الاحكام التي فسخوها وأبطلوها • وهذه الاحكام يرفع منها وجوباً الى قضاة النقض والابرام اذا كانت تلك الاحكام متعلقة بحقوق الله • فان كانت متعلقة بحقوق الآدميين فلا ترفع الى قضاة النقض والابرام الا بطلب من أصحابها •

ثالثاً ـ أحكام قضاة النقض والابرام •

وأحكام هؤلاء القضاة ، هي التي تصدر في الاحكام المرفوعة اليهم من قضاة الدرجة الاولى والدرجة الثانية ، وتكون على نوعين : (الاول) ابرام الاحكام الصحيحة (والثاني) نقض الاحكام لمخالفتها للشرع • وفي هذه الحالة اما أن يصدر هؤلاء القضاة أحكاماً جديدة وصحيحة بدلا من المنقوضة ، واما أن يعيدوها الى محكمتها التي أصدرتها لتعيد النظر فيها في ضوء ما يرسمه لها حكم النقض ثم تصدر حكمها فيها ويتبع بشأن هذا الحكم ما ذكرناه في الفقرات السابقة •

٤٣٥ ـ هذا وأن الاحكام التي يصدرها قضاة النقض والابرام لا يجوز اعادة النظر فيها الا في أحوال محددة وعلى سبيل الحصر يحددها ولي الامر ، ويكون طلب اعادة النظر فيها من قبل أصحاب الشأن وضمن مدة محددة ، ويرفع الى نفس قضاة النقض والابرام ، أو الى هيئة خاصة من غيرهم مهمتها اعادة النظر في هذه الاحكام •

الفصل الخامس

تنفيذ الحكم[٣١١]

٤٣٦ـ تمهيد

اذا أصدر القاضي حكمه بثبوت الحق المدعى بـه لصاحبه ، يرد السؤال هنا عن الجهة التي تقوم بتنفيذ الحكم اذا رفض المحكوم عليه التنفيذ رضاء ، لأن الغرض من اصدار الحكم تنفيذه ، اذ بهذا التنفيذ ينحسم النزاع ويصل الحق الى صاحبه ، فمن يقوم بالتنفيذ ؟ أو ما هي الجهة التي تقوم بالتنفيذ ؟

٤٣٧ـ القاضي ينفذ حكمه بنفسه

اذا أصدر القاضي حكمه فانه ينفذه بنفسه ان أمكن ذلك ، أو بالكتابة الى غيره من القضاة اذا استلزم التنفيذ الاستعانة بالآخرين . قال الفقيه الماوردي : « فاذا ثبت عليه عند القاضي حق وهو حاضر استوفاه منه لمستحقه ولم يكتب به الى غيره »[٣١٢] .

٤٣٨ ـ وعلى هذا فاذا كان المحكوم به عقاراً أو حيواناً أو عروضاً استحقه المحكوم لـه وأُلزِم المحكوم عليه بتسليمه اليـه ، فان امتنع عن التسليم قام القاضي بتسليمه بنفسه اذا أمكن التسليم كما لو كان المحكوم به عقاراً معروفاً ظاهراً .

---

(٣١١) المغني ج٩ ص٤٧ ، ٩٢ ـ ٩٧ ، ج٧ ص٦٩٠ ـ ٦٩١ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٨٩ ، الفروق للقرافي ج٤ ص٤١ ، المجموع شرح المهذب ج١٨ ص٢٧٠ ، ٢٨٩ ـ ٢٩٠ ، تبصرة الحكام ج١ ص١٧ .

(٣١٢) ادب القاضي للماوردي ج١ ص١٤٩ .

٤٣٩ ـ واذا كان المحكوم به ديناً في ذمة المحكوم عليه أمره القاضي بأدائه الى المحكوم له ، فان أبى وكان موسراً أمر القاضي بحبسه ، ويبقى في الحبس حتى يقوم بايفاء الدين ، وان كان معسراً وثبت اعساره لم يأمر القاضي بحبسه وان كان قد حبسه هو أو سلفه القاضي السابق أمر باطلاق سراحه .

٤٤٠ ـ وان كان المحكوم به قصاصاً استوفاه ولي القتيل ان أمكنه ذلك وقدر عليه ، فان لم يقدر على الاستيفاء أمره القاضي بتوكيل غيره حتى يستوفيه عنه . أما العقوبات الاخرى ، فقد قالوا لا يقيم الحدود الا الامام أو من فوض اليه الامام ذلك بدليل أنه لم يقم حد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ، ولا في أيام الخلفاء الراشدين الا باذنهم ، لأنه حق الله تعالى يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه الحيف فلم يجز بغير اذن الامام .

وذهب بعض الحنابلة الى أن استيفاء العقوبات من حدود وقصاص في النفس وما دون النفس يكون بواسطة شخص يعين لهذا الغرض ويرزق من بيت المال ، لأن استيفاء الحدود والقصاص من المصالح العامة فيرزق من يقوم بها من بيت المال . وهذا ما نرجحه ، لا سيما وأن بعض العقوبات كقطع اليد تحتاج الى الدقة في التنفيذ مع القدرة عليه فلا بد أن يكون من يقوم به قادراً عليه وكفوءاً له ، ولهذا قال بعض الشافعية : « فان كان ـ أي القصاص ـ في الطرف لم يمكّن منه ، لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يجني عليه مما لا يمكن تلافيه » .

٤٤١ـ القاضي يكتب الى غيره لينفذ حكمه

وقد يكون قيام القاضي بتنفيذ حكمه عن طريق الكتابة به الى قاض آخر ينفذه ، فقد قال الشافعية وغيرهم يجوز للقاضي الذي أصدر الحكم

يكتب الى قاضٍ آخر في بلد القاضي الذي أصدر الحكم أو الى قاضي بلد آخر بالحكم الذي أصدره ليقوم بتنفيذه ، واحتجوا لهـذا بما رواه الضحاك ، قال : كتب اليَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها . واحتجوا أيضاً بأن الحاجة قد تدعو الى مثل هذه الكتابة كما لو كان المحكوم به موجوداً في بلد القاضي المكتوب اليه بالحكم .

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي الآخر اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه ، ولا حاجة في هذه الحالة الى أن يشهد على كتاب القاضي الاول شاهدان كما ذهب الى هذا بعض الفقهاء[٣١٣] .

٤٤٢ ـ ويجوز للقاضي الذي أصدر الحكم أن يكتب بحكمه الى قاضٍ آخر معين أو غير معين ، كما لو قال في كتابه : « الى كل من وصله كتابي من قضاة المسلمين » من غير تعيين قاض باسمه أو بوصفه ، ويلزم من وصله كتاب القاضي أن يقبله وينفذه ، وبهذا قال الحنابلة وأبو ثور واستحسنه الامام أبو يوسف[٣١٤] .

٤٤٢ـ تعين قاضٍ خاص للتنفيذ .

واذا كان للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينفذه بنفسه أو بالكتابة الى غيره من القضاة ، فهل يجوز حصر التنفيذ بقضاة معينين لهذا الغرض وظيفتهم تنفيذ الاحكام على وجه لا يشاركهم في وظيفة التنفيذ غيرهم ؟

والجواب على ذلك أن الاصل هو أن القاضي مهمته اصدار الاحكام لا تنفيذها الا اذا فوض اليه ذلك كما ورد في كتاب سيدنا عمر بن الخطاب

---

(٣١٣) المجموع ج١٨ ص٣٩٩ ـ ٣٠٠ .
(٣١٤) المغني ج٩ ص٩٤ ـ ٩٦ .

رضي الله عنه الى معاذ بن جبل « فاقض اذا فهمت وأنفذ اذا قضيت » مما يدل على أن سيدنا عمر رضي الله عنه فوض اليه ولاية التنفيذ مع ولاية القضاء . قال الفقيه ابن فرحون : « أما ولاية القضاء ، فقال القرافي : هذه الولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره ... بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له الا انشاء – أي انشاء الحكم – وأما قدرة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً ، فقد يفوض اليه التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته »(٣١٥) . وبناء على ما ذكرناه ، فيجوز لولي الامر تعيين قضاة خاصين لتنفيذ الاحكام ، لا يجوز لغيرهم القيام بالتنفيذ ، لا سيما وأن القضاء يجوز تخصيصه بالمكان والزمان ونوع الخصومات والولايات . فيقوم هؤلاء القضاة بالتنفيذ بأنفسهم أو بالكتابة الى قضاة التنفيذ الآخرين في خارج مناطقهم .. على أن يجوز لهم مكاتبة قضاة المناطق التي لا يوجد فيها قضاة خاصين بالتنفيذ ، كما ينبغي اعطاء صلاحية التنفيذ للقاضي الذي أصدر الحكم اذا لم يوجد في منطقته قاض خاص للتنفيذ .

٤٤٣ـ وسائل حمل المحكوم عليه على التنفيذ

من الوسائل التي قد تحمل المدين المحكوم عليه على التنفيذ ، منعه من السفر ، وحبسه ، وهذا ما نص عليه الفقهاء .

٤٤٤ـ اولا – منع المحكوم عليه من السفر

قال الاحناف يجوز للدائن الطلب من القاضي منع المدعى عليه من السفر قبل أن يصدر الحكم في الدعوى الا اذا وكّل المدين المدعى عليه وكيلا عنه بالخصومة وأعطى كفيلا بما قد يحكم به عليه(٣١٦) . فاذا كان هذا جائزاً ومن حق المدعي الدائن قبل أن يثبت حقه بحكم الحاكم فمن

---

(٣١٥) ابن فرحون ج١ ص١٧ .
(٣١٦) ابن مازة ، المرجع السابق ، ج٣ ص٤٣٦ .

باب أولى أن يكون هذا الحق للدائن المحكوم له ، فله ، اذن ، أن يطلب من القاضي اصدار قراره بمنع المحكوم عليه من السفر قبل أن يؤدي اليه حقه المحكوم به •

٤٤٥ـ ثانيا ـ حبس المدين(٣١٧)

اذا كان المحكوم به ديناً في ذمة المدين المحكوم عليه وهو مستحق الاداء حالا ، طلب القاضي منه الاداء حالا فاذا أداه فبها ، وان لم يؤده نظر القاضي : فان كان في يده مال ظاهر أمره بالاداء منه ، وان لم يجد له مالا ظاهراً ، وادعى الاعسار وصدقه الدائن المحكوم له لم يأمر القاضي بحبسه ووجب إنظاره وامهاله لقوله تعالى : « وإنْ كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » وان كذبه الدائن المحكوم له بدعواه الاعسار ، فلا يخلو اما أن يكون قد عرف للمحكوم عليه مال أو لم يعرف ، فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض ، أو عرف له أصل مال سوى هذا ، فالقول قول الدائن المحكوم له مع يمينه فاذا حلف أنه ذو مال أمر القاضي بحبسه حتى تشهد البينة باعساره • قال ابن المنذر أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرى الحبس في الدين ، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وسوار وعبدالله بن الحسن ، وهذا قول الحنابلة أيضاً •

ومن الواضح أن حبس المدين المحكوم عليه ليس هو تنفيذ الحكم وانما هو وسيلة لحمله على التنفيذ اذا ترجح وجود مال عنده •

٤٤٦ـ الحجر على المدين

اذا طلب المحكوم له أو المحكوم لهم ـ اذا كانوا متعددين ـ الحجر

---

(٣١٧) المغني ج٤ ص٤٥٠ ـ ٤٥٣ ، المحلى ج٨ ص١٧٢ •

على مدينهم المحكوم عليه ، نظر القاضي في أمواله وأحصاها ، فان رآها وافية كافية لديونهم لم يجب طلبهم وأمر المحكوم عليه بايفائهم ديونهم المحكوم بها ، فان رفض الايفاء أمر القاضي بحبسه فان استمر على الرفض وصبر على الحبس أمر القاضي بقضاء دينه من ماله وان احتاج الى بيع ماله في قضاء ديونه باعه فعلا وأوفى الدائنين • وأما اذا كانت ديونه حالة ، وأمواله لا تفي بأدائها فان القاضي يحجر عليه بناء على طلب المحكوم له • ويترتب على الحجر جملة أحكام منها : منعه من التصرف بأمواله الا بشروط وقيود لا تضر بالدائنين المحكوم لهم ، ومنها أن للقاضي أن يبيع أمواله لايفاء ديونه المحكوم بها • والأصل في جواز الحجر على المدين وبيع أمواله ، كما يقول الحنابلة ، ما رواه كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله(٣١٨)•

٤٤٧ـ بيع اموال المدين المحكوم عليه

يبادر القاضي بعد الحجر على المدين ، أو بعد امتناعه عن الاداء مع وجود مال له،، يبادر القاضي الى بيع ماله لايفاء الدين للمحكوم له ، واذا كان الدائنون متعددين أوفاهم جميعاً من ثمن المبيع ، وان لم تف أثمان أموال المدين المباعة بوفاء جميع ديون الدائنين قسّمها عليهم القاضي قسمة الغرماء بنسبة ديونهم •

٤٤٨ـ ولكن هل تباع جميع اموال المدين ؟

ويمكن أن يرد سؤال هنا : هل تباع جميع أموال المدين المحكوم عليه لايفاء ديون الدائن أو الدائنين المحكوم لهم ؟ والجواب : لا • فقد استثنى الحنابلة داره التي يسكنها التي لا غنى له عن سكناها ، وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله • ويبدو أن هذا هو قول الظاهرية أيضاً لأن الفقيه

---

(٣١٨) المغني ج٤ ص٤٠٩ ، ٤٣٧ •

الظاهري ابن حزم الاندلسي قال : « يباع من ماله ما يفضل عن حاجته لسداد ديونه » ودار السكن التي لا غنى للمدين عن سكناها تعتبر من حاجته . وقال الامام مالك والشافعي تباع دار سكناه ويكتري بدلها ، وقد رُد على هذا بأن دار السكن تقاس في عدم بيعها على ثيابه التي لا تباع لحاجته اليها(٣١٩) . وقول الحنابلة ومن وافقهم هو ما نرجحه ، ولأن في بيع دار السكن ، ضرر جسيم بالمدين المحكوم عليه ، اذ أنه سيأكل ثمنها ولا يبقى عنده ما يشتري به سكناً له .

---

(٣١٩) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج٤ ص٣١٨ ، المغني لابن قدامة الحنبلي ج٤ ص٤٠٩ ، ٤٤٢ ـ ٤٤٥ ، المحلى لابن حزم ج٨ ص١٧٤ .

الباب الرابع

التحكيم

٤٤٩ـ تمهيد

قد لا يلجأ صاحب الحق الى المحاكم لاستخلاص حقه عن طريق القضاء وانما يؤثر الاتفاق مع خصمه لتحكيم من يرضونه ليحكم بينهم بعد أن ينظر في خصومتهم ويسمع بيناتهم • وبهذا التحكيم يحسم النزاع فيتحقق الغرض من اللجوء الى القضاء ، ولهذا كان التحكيم من مرتكزات نظام القضاء في الاسلام ، لأنه سبيل مشروع للفصل بين المتنازعين والقضاء فيما بينهم ، كما يفصل القاضي في محكمته بين المتنازعين • وسنعرف فيما يلي ماهية التحكيم وشروطه وأحكامه •

٤٥٠ـ تعريفه

التحكيم لغة جعل الحكم فيما لك لغيرك ، يقال حكّمته في مالي اذا جعلت اليه الحكم فيه ، وحكّمت الرجل ، أي فوضت الحكم اليه •

أما التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما ، أو هو تصيير الغير حاكماً فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس ، وفي حق غيرهما كالمصلح • وركنه اللفظ الدال عليه مثل : احكمْ بيننا أو جعلناك حكماً ، أو حكّمناك في كذا مع قبول الآخر ، أي قبول المحكَّم (بفتح الكاف)[٣٢٠] •

---

(٣٢٠) رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص٤٢٨ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٩٧•

٤٥١ـ دليل مشروعيته(٣٢١)

قال تبارك وتعالى في القرآن الكريم : « وإنْ خفتم شقاقَ بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إنْ يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما » • والمقصود بالآية الكريمة أن يحكّم الزوجان حكماً لاختيار المقام واستمرار الزوجية بازالة الخلاف بينهما إن أمكن والا فاختيار الفرقة • فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دلّ ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى • وقد جاء في الحديث الذي أخرجه النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي شريح : ان الله هو الحكَم واليه الحكم فلِمَ تكنى أبا الحكم ؟ فقال : ان قومي اذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين • قال النبي صلى الله عليه وسلم : ما أحسن هذا • فما لك من الولد ؟ قال : لي شريح وعبد ومسلم قال صلى الله عليه وسلم : من أكبرهم ؟ قال : شريح • قال صلى الله عليه وسلم : فأنت أبو شريح •

وهناك آثار عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، تدل على جواز التحكيم ، فسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما خاصم أبي بن كعب في أرض حكّما زيد بن ثابت فحكم بينهما • وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم ولم يكن قاضياً •

---

(٣٢١) سنن النسائي ج٨ ص١٩٩ ، ادب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج٤ ص٥٨ ، المغني ج٩ ص١٠٧ ـ ١٠٨ ، المجموع شرح المهذب ج١٨ ص٣٦٣ ، السنن الكبرى للبيهقي ج١ ص١٤٤ •

٤٥٢ـ شروط الحكم(٣٢٢)

يشترط في الحكم أن يكون أهلا للقضاء ، ومن هـذه الشروط أن يكون مسلماً اذا كان الخصوم الذين حكموه مسلمين أو ذميين ، لأن غير المسلم لا يملك أهلية الشهادة على المسلمين فلا يملك أهلية الحكم عليهم من طريق أولى ، لأن أهلية الحكم أعلى من أهلية الشهادة ، ولكن لـو كانوا ذميين وحكّموا ذمياً ليفصل في خصومتهم جاز تحكيمهم ، لان الذمي له أهلية الشهادة على الذميين والقضاء عليهم • وهذا الشرط يجب تحققه في الحكم من وقت تحكيمه الى وقت اصداره الحكم •

٤٥٣ـ ما يجوز فيه التحكيم

أولا ـ ذهب الحنفية الى أن التحكيم لا يجـوز في حدود الله ولا في القصاص ولا في الدية على العاقلة ويجوز في غيرها ، معللين ذلك بأن حكم المحكم بمنزلة الصلح ، فكل ما يجـوز استحقاقه بالصلح يجـوز التحكيم فيه وما لا فلا ، والقصاص والحد لا يجوز استحقاقهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما(٣٢٣) •

٤٥٤ ـ ثانياً : ذهب المالكية الى أن التحكيم يجري في الاموال وما في معناها ولا يجوز في حدود الله ولا في القصاص ولا في طلاق أو نسب ولا في عتاق أو ولاء • وانما استثنيت هذه الاشياء من دائرة التحكيم الجائـز عندهم لاستلزامها اثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين وهـم لـم يرضوا بحكم الحكم(٣٢٤) •

---

(٣٢٢) المغني ج٩ ص١٠٧ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٨ ، ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج٥ ص٤٢٨ ، ابن مازة ، المرجع السابق ، ج٤ ص٦٣ ـ ٦٤ ، تبصرة الحكام ج١ ص٥٦ •

(٣٢٣) ابن مازة ، المرجع السابق ، ج٤ ص٦٣ ـ ٦٤ •

(٣٢٤) تبصرة الحكام ج١ ص٥٥ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج٤ ص١٣٦ •

٤٥٥ ـ ثالثاً : أما الشافعية ، فقد ذهب فريق منهم الى أن التحكيم يختص جوازه بالاموال وعقود المعاوضات ولا يجوز في الحدود والقصاص والنكاح واللعان لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلا يجوز فيها التحكيم . وذهب فريق آخر من الشافعية الى أن التحكيم يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الامام . وهذا القول هو الذي نصره صاحب مغني المحتاج الشافعي المذهب حيث قال : « والصحيح عدم الاختصاص لأن من صحَّ حكمه في مال صحَّ حكمه في غيره »(٣٢٥).

٤٥٦ ـ رابعاً : أما الحنابلة فقالوا لا يجوز التحكيم في النكاح واللعان والحدود والقصاص ويجري في غيرها ، لأن لهذه القضايا مزية على غيرها فاختص الامام بالنظر فيها ، ونائبه ـ أي القاضي ـ يقوم مقامه . وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها ، أي يجري التحكيم في هذه الاربعة أيضاً ، ومعنى ذلك أن التحكيم يجري في جميع القضايا(٣٢٦) .

٤٥٧ ـ الرجوع عن التحكيم(٣٢٧)

لكل من الطرفين الرجوع عن التحكيم قبل شروع الحكم في أمر التحكيم ، لأنه صار حكماً برضاهما فأشبه ما لو رجع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيما وكل فيه . واذا رجع أحد الخصوم بعد شروع الحكم في موضوع التحكيم ، ففيه قولان : (أحدهما) يصح الرجوع ويبطل

---

(٣٢٥) مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٨ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٣٨٠ ـ ٣٨١ ، المجموع ج١٨ ص٣٦٣ ـ ٣٦٤ .
(٣٢٦) المغني ج٩ ص١٠٨ .
(٣٢٧) المغني ج٩ ص١٠٨ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٩ ، ابن مازة ج٤ ص٥٩ ـ ٦٠ ، تبصرة الحكام ج١ ص٥٥ ـ ٥٦ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٩٩ .

التحكيم لأن الحكم لم يصدر حكمه فأشبه رجوع الخصم قبل شروع الحكم في موضوع التحكيم • (الثاني) ليس له الرجوع ، لأنه يؤدي الى أن كل واحد من الخصمين اذا رأى من الحكم ما لا يوافقه ويرضيه رجع عن التحكيم قبل اصدار الحكم فيبطل المقصود من التحكيم •

٤٥٨ـ لزوم حكم الحكم ونفاذه

واذا أصدر الحكم حكمه في موضوع النزاع الذي جرى فيه التحكيم فهل يلزم هذا الحكم الطرفين بمجرد صدوره ويصير نافذاً في حقهما فلا يملك أي واحد منهما رده ؟ قال الحنفية والحنابلة والمالكية بالايجاب ، فحكم الحكم ، عندهم ، بصدوره يصير لازماً ونافذاً في حق الطرفين فلا يملك أحدهما رده[٣٢٨] •

٤٥٩ ـ وللشافعية قولان : (الاول) لا يلزمهما الحكم الا بالتزامهما به بعد صدوره ، فهو كالفتيا ، لأنه لما وقف أمر التحكيم وما يتمخض عنه من اصدار الحكم على رضاهما في الابتداء وجب أن يقف نفاذ الحكم أيضاً على رضاهما في الانتهاء ، أي بعد اصداره ، وهذا قول الفقيه المزني (الثاني) والقول الثاني عند الشافعية وهو قول أكثرهم أن حكم الحكم يكون لازماً لهما بمجرد صدوره ولا يتوقف على رضاهما لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله » والوعيد باللعنة دليل على لزوم الحكم بحقهما • ولأن ما جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي الذي ولاه الامام وهذا

---

(٣٢٨) المغني ج٩ ص١٠٧ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣٩٩ ، ابن فرحون ج١ ص٥٥ ، ٥٦ •

القول الثاني هو القول الاظهر في المذهب الشافعي على ما ذكره صاحب مغني المحتاج(٣٢٩) •

٤٦٠ـ قانون الحكم

ويحكم الحكم بما يحكم به القاضي المسلم ، وهو القانون الاسلامي أي الشريعة الاسلامية • ويأخذ بوسائل الاثبات الشرعية التي يأخذ بها القاضي المسلم كالشهادة والاقرار والنكول عن اليمين • ولذلك قال الحنفية اذا قضى الحكم بالدية في جريمة القتل الخطأ على القاتل الذي لم يقر بالقتل فان هذا الحكم لا يجوز ، وعللوا ذلك بقولهم : « لمخالفته للشرع فان الدية في القتل الخطأ على العاقلة الا أن يكون القاتل أقر بالقتل خطأ فيجوز الحكم عليه »(٣٣٠) •

٤٦١ـ نقض حكم الحكم وابرامه(٣٣١)

ولا ينقض حكم الحكم الا بما ينقض به قضاء غيره من قضاة المسلمين ، فان كان موافقاً للشرع فلا ينقض لأنه حكم صحيح لازم صدر وفقاً لقواعد الشرع فصار مثل أحكام قضاة المسلمين • وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والمالكية • وقال الحنفية يجوز لقاضي المسلمين نقض حكم الحكم اذا رفع اليه اذا كان مخالفاً لرأيه وللحق عنده ، ويعللون ذلك بأن المحكم له ولاية على من حكماه وليس له ولاية على غيرهما ،

---

(٣٢٩) ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٣٨٢ ، المجموع ج١٨ ص٣٦٣ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٩ •

(٣٣٠) ادب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج٤ ص٦٤ •

(٣٣١) المغني ج٩ ص١٠٨ ، مغني المحتاج ج٤ ص٣٧٩ ، ابن فرحون ج١ ص٥٦ ، ادب القاضي للماوردي ج٢ ص٣٨٤ ، ابن مازة ج٤ ص٦٠ – ٦١ •

فيكون حكمه بالنسبة للقاضي بمنزلة الصلح في حقه ، فكان لـه أن يرده اذا كان مخالفاً لرأيه ، ويبرمه ويمضيه اذا كان موافقاً لرأيه ، وهــذا بخلاف حكم القاضي اذا رفع اليه فانه لا يرده ولو كان مخالفـاً لرأيـه ما دام في أمر مجتهد فيه ، لأن القاضي له ولاية على الناس كافــة فكان قضاؤه حجة في حق الجميع فلا يكون للقاضي أن يرد حـكم غيره مـن القضاة اذا صادف القضاء محله كما لو كان في مسألة مجتهد فيهـا وان خالف رأيه .

٤٦٢ـ تنفيـذ حكم الحكم

الاصل أن حكم الحكم ينفذه الخصم المحكوم عليه برضاه لأنه رضي بتحكيم الحكم ، فاذا رفض فان المحكوم له يستطيع أن يرفع الحـكم الى القاضي ليقره ويأمر بتنفيذه اذا رآه حكماً سائغاً شرعاً ، وينقضه اذا رآه مستحقاً للنقض شرعاً على النحو الذي بيناه في نقض الاحكام وابرامها .

٤٦٣ ـ واذا أراد المحكوم له تنفيذ الحكم بواسطة قاض من قضـاة المسلمين جاز له أن يطلب من الحكم أن يكتب له بالحكم الذي أصدره كتاباً الى قاض من قضاة المسلمين أو الى القاضي الذي اختاره المحكوم له . وعلى القاضي المكتوب له أن يقبل كتاب الحكم وينفذه ، لأن الحكم يعتبر كالقاضي ، فهو نافذ الاحكام فيلزم قبول كتابه كما يقبـل كتاب القاضي المعين من قبل الامام[٣٣٢]

(٣٣٢) المغني ج٩ ص١٠٨ .

الباب الخامس

ولاية المظالم أو قضاء المظالم

٤٦٤- تمهيــد

ولاية المظالم أو قضاء المظالم نوع من أنواع القضاء وفصل الخصومات ، لا يختلف عن القضاء العادي ، الذي تكلمنا عنه ، من ناحيه القانون الواجب التطبيق ووسائل الاثبات ، وانما يختلف عنه في بعض الامور التي سنبينها في هذا الباب ومن أجل هذا الاختلاف أفرده الفقهاء في البحث .

٤٦٥- التعريف

المظالم جمع مظلمة وهي اسم لما أخذه الظالم منك [٣٣٣] . وفي اصطلاح الفقهاء ، ولاية المظالم ، وظيفة قضائية ، الا أنها أوسع من وظيفة القاضي العادي لأنها كما يقول ابن خلدون « ممتزجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء »[٣٣٤] .

٤٦٦- طبيعة ولاية المظالم

ومن تعريفها الاصطلاحي يظهر لنا أنها ليست وظيفة قضائية بحتة كما أنها ليست وظيفة من وظائف السلطة التنفيذية البحتة ، وانما هي ذات طبيعة مزدوجة من هاتين السلطتين التنفيذية والقضائية ويدل على هذا الازدواج أن اختصاصات والي المظالم اختصاصات واسعة تشمل ما يدخل

---

(٣٣٣) لسان العرب ج١٥ ص٢٦٧ ، الصحاح للجوهري ج٥ ص١٩٧٧ .
(٣٣٤) مقدمة ابن خلدون ص٢٢٢ .

في صلاحية وسلطة القضاة ، كما تشمل ما يدخل في اختصاص الامراء ورجال السلطة التنفيذية ، كما سنرى بعد قليل . ولهذا فان والي المظالم يملك صلاحية وسلطة القاضي ، كما يملك صلاحية وسلطة الامير أو صاحب السلطة التنفيذية فيما يتعلق بمباشرة أعماله التي تدخل في دائرة ولايته . ومما يدل على أن ولاية المظالم لها شيء من طبيعة وصلاحية وظائف السلطة التنفيذية أن الفقيه ابن فرحون المالكي جعلها من أقسام الامارة التي يندرج القضاء من ضمنها فقال رحمه الله :

« وأما الولايات التي يندرج القضاء في ضمنها فهي أنواع :

النوع الاول .. النوع الثاني .. النوع الثالث الامارة وهي على أربعة أقسام : القسم الاول .. القسم الثاني .. القسم الثالث .. القسم الرابع ـ ولاية النظر في المظالم وله من النظر ما للقضاة وهو أوسع منهم مجالا[٣٣٥] .

٤٦٧ـ اسماء من يتولى قضاء المظالم

ويطلق على من يتولى ولاية المظالم أسماء متعددة منها : والي المظالم ، وصاحب المظالم ، وناظر المظالم ، وقاضي المظالم . فهذه الاسماء على تعددها الا أن المسمى لها واحد وهو ذلك الشخص الذي يملك سلطة الفصل في الخصومات التي تدخل في نطاق هذه الولاية .

٤٦٨ـ شروط من يتولى قضاء المظالم

قالوا يشترط فيمن يتولى ولاية المظالم أن يكون جليل القدر نافذ الامر عظيم الهيبة ظاهر الفقه قليل الطمع ، كثير الورع[٣٣٦] . ولكن

---

(٣٣٥) تبصرة الحكام ج١ ص٢٠ ـ ٢١ .
(٣٣٦) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٥٨ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص٧٣ .

مع هذه الشروط يجب توافر شروط من يتـولى القضاء ، وهي الشروط التي تكلمنا عنها عند كلامنا عن القاضي وشروط من يعين لمنصب القضاء •

٤٦٩ـ الخلفاء يباشرون قضاء المظالم

وقد كان الخلفاء الاولون يباشرون هذا النوع من القضاء ـ قضـاء المظالم ـ بأنفسهم لأنهم أقدر من غيرهم على قمـع الظالم ورد الحق الى أهله • وقد استمرت مباشرتهم لهذه الولاية الى عهـد الخليفـة العباسي المهدي فكان آخر من جلس للنظر في المظالم • هذا وكان بعض الخلفـاء يجعل هذه الولاية الى بعض قضاته كمـا فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع قاضيه أبي ادريس الخولاني(٣٣٧) •

٤٧٠ـ من يعين قاضي المظالم ؟

ولاية المظالم وظيفـة ذات طبيعـة مزدوجة ، تجمـع بين السـلطة القضائية والسلطة التنفيذية ، والخليفة هو الذي يعين القاضي ، كما رأينا ، كمـا هـو يعين الامراء وأصحاب السـلطة التنفيذيـة كالوزراء والـولاة ونحوهم ، فمن الطبيعي ، اذن ، أن يعين الخليفة والي المظـالم • الا أن التعيين لهذه الوظيفة قد يكون بالعقد الصريح وقـد يكون بصورة ضمنية أي بدون تقليد خاص لهذه الولاية كما لو عين الخليفة أمير اقليم أو وزير تفويض ، فلهؤلاء ولاية النظر في الامور العامة بحكم ولايتهم ، ولهـم بعموم هذه الولاية حق النظر في المظالم ويتمتعون بسلطة والي المظـالم دون حاجة الى تقليد خاص أو اذن خاص من الخليفة لهم لمباشرة ولايـة المظالم • وقد يعينه الخليفة بوظيفة والي المظالم على وجه التخصيص لهذه الوظيفة فيباشرها على أساس هذا التعيين(٣٣٨) •

(٣٣٧) ابن خلدون في مقدمته ص٢٢٢ •
(٣٣٨) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٥٨ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص٧٣ ، تبصرة الحكام ج١ ص٢٢ •

٤٧١ـ اختصاصات قاضي المظالم(٣٣٩)

دائرة اختصاصات والي المظالم واسعة جداً تتجاوز صلاحيات القاضي العادي من ناحية نوع القضايا التي يراها ، ومن ناحية حقه في نظر القضايا دون حاجة الى متظلم يرفعها اليه الى فروق أخرى سنذكرها فيما بعد •

قال الفقيه الحنبلي أبو يعلى ومثله الشافعي الماوردي وهما يتكلمان عن صلاحيات والي المظالم ، قالا ويشمل النظر في المظالم :

٤٧٢ ـ أولا : النظر في تعدي الولاة على الرعية ، فيتصفح عن أحوالهم ليقويهم ان أنصفوا ويكفّهم ان عسفوا ويستبدل بهم ان لم ينصفوا •

ومعنى ذلك أن على والي المظالم ، ومن تلقاء نفسه ، وبدون وجود متظلم أن ينظر في تعدي الولاة على الرعية ، فيتصفح عن أحوالهم وسيرتهم ، فان رآهم منصفين قائمين بالعدل قواهم وأيدهم وان رآهم جائرين وعظهم وأمهلهم ليرجعوا الى العدل في سيرتهم أو نحاهم عن مناصبهم على حسب ما يراه من وجوه المصلحة وما تقتضيه الحال • وهذا كله اذا كان الخليفة نفسه هو الذي يباشر ولاية المظالم ، أو يباشرها نائبه أمير الاقليم ، أما اذا كان الذي يباشرها شخص عين مخصوصاً لولاية المظالم فانه ، على ما يبدو ، يرفع ما يراه الى الخليفة لينظر في الامر أو يرفع الى أمير الاقيم ما يراه من نوابه من تعديات ، أما اذا رفع شخص ظلامته ضد الوالي أو ضد الامير فان والي المظالم يحكم في هذه الظلامة ويلزم تنفيذ حكمه فيها •

---

(٣٣٩) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٦١ ـ ٦٣ والاحكام السلطانية للماوردي ص٧٦ ـ ٧٩ •

٤٧٣ ـ هذا وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا قدم عليه الوفد من بلد اسلامي سأله عن أحوالهم وأحوال أميرهم وسيرته معهم وهل يدخل عليه الضعيف ويعود المريض وهل هو محمود السيرة عندهم فان قالوا نعم حمد الله ، وان قالوا : لا ، كتب اليه أن أقبل لينظر فيما بلغه عنه . وكان من سياسة عمر رضي الله عنه أنه كان يأمر عماله ، أي ولاة الأمصار والاقاليم أن يحضروا موسم الحج فاذا اجتمعوا قال رضي الله عنه : أيها الناس اني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أبشاركم ولا من أموالكم انما بعثتهم ليحجزوا بينكم وليقسموا فيئكم بينكم فمن فُعِل به غير ذلك فليقم . هذا وأن عمر رضي الله عنه أول من عين شخصاً مخصوصاً لاقتصاص أخبار الولاة وتحقيق الشكاوى التي تصل الى الخليفة عن ولاته ، وكان هذا الشخص المخصوص لهذه الامور هو محمد بن مسلمة(٣٤٠) .

٤٧٤ـ الخليفة مسؤول عن ظلم ولاته للرعية :

وبناء على هذه السياسة الرشيدة التي اتبعها عمر رضي الله عنه ، استقامت أمور الراعي والرعية ، وعلى ولاة الامور السير عليها ، فاذا بلغ ولي الامر عن طريق والي المظالم أو علمه بنفسه أو بأخبار مباشرة له أن أحد موظفيه أو نوابه ارتكب مظلمة نحو أي شخص فان على ولي الأمر أن يقتص منه حتى تطمئن الرعية على حقوقها ويرتدع الموظفون من الظلم ، والا صار ولي الامر شريكاً للظالم في ظلمه ، لأ هذا الظالم ، وهو موظف في الدولة ، انما قام بظلمه وتعديه بقوة الدولة وبحكم وظيفته ومنصبه ، فاذا تركه ولي الامر يعبث ويظلم فكأنه هو الذي يدفعه ويشجعه على

---

(٣٤٠) التراكيب الادارية للشيخ عبدالحي الكتاني ج١ ص٢٦٧ ـ ٢٦٨ ، وطبقات ابن سعد ج٥ ص٢١١ .

الظلم ، ولهذا قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « ايما عامل لي ظلم أحداً فبلغتني مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته »[٣٤١] .

٤٧٥ـ **ثانيا ـ رد مظالم الدولة في جباية الضرائب** .

وينظر والي المظالم في تصف موظفي الدولة في جباية الضرائب كالخراج والجزية والعشور وكذلك زكاة الاموال الظاهرة كالزروع والحيوانات ، فاذا ظهر حيف للرعية في جباية ما ذكرناه رده الى أصحابه لأنه أخذ منهم ظلماً . قال أبو يعلى والماوردي وهما يعدان من يشمله نظر والي المظالم ، وينظر فيه :

« جور العمال فيما يجتبونه من الاموال فيرجع فيه الى القوانين العادلة في دواوين الائمة فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها . وينظر فيما استزادوه فان رفعوه الى بيت المال رده وان أخذوه لانفسهم استرجعه لأربابه » .

٤٧٦ـ **ثالثا** :

وينظر والي المظالم في حسن قيام كتاب الدواوين بأعمالهم ، ويقاس عليهم سائر موظفي الدولة ، فيراقب والي المظالم موظفي منطقته ليتأكد من حسن قيامهم بأعمالهم في حدود صلاحيته التي خولها له الخليفة عند تعيينه في ولاية المظالم .

٤٧٧ـ **رابعا** :

هذا ومن واجبات والي المظالم رد الغصوب الى أصحابها وهي نوعان على ما ذكره الفقيه أبو يعلى الحنبلي والفقيه الماوردي الشافعي :

---

(٣٤١) طبقات ابن سعد ج١٥ ص٢٢٠ .

النوع الاول ـ غصوب سلطانية قد تغلب عليها ولاة الجور كالاملاك المغصوبة من أربابها تعدياً على أهلها • فان علم بها والي المظالم عند تصفح الامور أمر بردها قبل التظلم اليه • وان لم يعلم بها فهي موقوفة على تظلم أربابها • ويجوز أن يرجع فيها عند تظلمهم الى ديوان السلطنة ، فاذا وجد فيه ذكر قبضها عن مالكها وأمر بردها اليه ولم يحتج الى بينة تشهد به وكان ما وجده في الديوان كافياً •

النوع الثاني من الغصوب ـ ما تغلب عليه ذوو الايدي القوية وتصرفوا فيه تصرف المالكين بالقهر والغلبة • فهو موقوف على تظلم أربابه ولا ينتزع من أحدهم الا بأحد أربعة أمور : أما اعتراف الغاصب ، وأما بعلم والي المظالم فيجوز له أن يحكم عليه بعلمه ، على اختلاف فيه ، وأما بينة تشهد على الغاصب بغصبه أو تشهد للمغصوب منه بملكه ، وأما بتظاهر الاخبار التي ينتفي عنها التواطيء • لأنه كما جاز للشهود أن يشهدوا في الاملاك بتظاهر الاخبار كان حكم ولاة المظالم بذلك أحق من غيرهم •

٤٧٨ـ خامساً :

وينظر والي المظالم في الوقوف وهي عامة وخاصة أما العامة فيبدأ بتصفحها وان لم يكن فيها متظلم ليجريها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفيها • وأما الوقوف الخاصة فان نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها لوقوفها على خصوم متعينين ، فيعمل عند التشاجر فيها على ما تثبت به الحقوق عند الحكام •

٤٧٩ـ سادساً :

وينظر والي المظالم في تنفيذ ما وقف من أحكام القضاة لضعفهم عن انفاذه وعجزهم عن المحكوم عليه لتعززه وقوة يده ، أو لعلو قدره وعظيم خطره فيكون والي المظالم أقوى يداً وأنفذ أمراً

فينفذ الحكم على من توجَّهَ عليه بانتزاع ما في يده أو بالزامه بالخروج عما في ذمته .

٤٨٠- سابعاً :

النظر فيما عجز عنه الناظرون في الحسبة من المصالح العامة كالمجاهرة بمنكر ضعف المحتسب عن دفعه ، والتعدي في طريق عجز عن منعه والتحيف في حق لم يقدر على ردعه فيأخذهم بحق الله تعالى في جميعه ويأمر بحملهم على جميعه .

٤٨١- ثامناً :

النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه ، ولا يجوز أن يحكم بينهم بما لا يحكم به الحكام والقضاة . وربما اشتبه حكم المظالم على الناظرين فيها فيجورون في أحكامهم ويخرجون الى الحد الذي لا يسوغ منها .

٤٨٢- هيأة محكمة المظالم

ناظر المظالم هو صاحب السلطة في محكمة المظالم ، فهو الذي يسمع البينات والدفوع ويصدر الاحكام بناء على ما سمعه ووفقاً لاجتهاده . الا أن مجلس حكمه ، وهو ينظر فيما هو من اختصاصه ، يحضره أصناف ، قال عنهم الفقيه أبو يعلى والفقيه الماوردي أنه « ويستكمل مجلس نظره بحضور خمسة أصناف لا يستغني عنهم ولا ينتظم نظره الا بهم :

الاول - الحماة والاعوان لجذب القوي وتقويم الجريء .

الثاني - القضاة والحكام لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم .

الثالث - الفقهاء ليرجع اليهم فيما أشكل ويسألهم عما اشتبه وأعضل .

الرابع - الكتاب ليثبتوا ما جرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق .

الخامس ـ الشهود ليشهدهم على ما أوجبه من حق وأمضاه من حكم (٣٤٢) .

٤٨٣ـ قانون والي المظالم ووسائل اثباته

يعتبر والي المظالم من قضاة المسلمين وان كان أوسع صلاحية منهم ، وقضاة المسلمين يحكمون بالقانون الاسلامي ، أي بالشريعة الاسلامية ، فهو مثلهم يحكم بهذه الشريعة الغراء . وتثبت الحقوق عنده بما تثبت به عند قضاة المسلمين وقد ذكرناها .

قال الفقيه أبو يعلى الحنبلي وهو يتكلم عما ينظر فيه والي المظالم : « النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه ، ولا يجوز أن يحكم بينهم بما لا يحكم به الحكام والقضاة » . ومن الواضح أن الذي يحكم به الحكام والقضاة المسلمون هو أحكام الشريعة الاسلامية سواء ما تعلق منها بالموضوع أو بوسائل الاثبات التي تكلمنا عنها فيما سبق .

٤٨٤ـ ايام عمل قاضي المظالم

اذا كان والي أو قاضي المظالم ، ينظر في المظالم كجزء من عمله الموكول اليه وهو الامارة وما تقتضيه من النظر في الامور العامة ، فانه يعين له يوماً للنظر في المظالم ويعلم الناس بهذا الموعد ، أي في يوم جلوسه للنظر في المظالم . أما اذا كان معيناً لقضاء المظالم على وجه الخصوص دون أن يناط به عمل آخر أو يلحق له قضاء المظالم بعمله الاصلي ، فانه في هذه الحالة يباشر ولايته في نظر المظالم في جميع الايام عدا أيام العطل

---

(٣٤٢) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٦٠ والاحكام السلطانية للماوردي ص٧٥ .

التي ذكرناها في بحثنا عن القاضي . قال الفقيه أبو يعلى الحنبلي : « واذا نظر في المظالم من انتدب لها جعل لنظره يوماً معروفاً ، يقصده فيه المتظلمون ، ليكون ما سواه من الايام لما هو موكول اليه من السياسة والتدبير الا أن يكون من عمال المظالم المتفردين بها ، فيكون مندوباً للنظر في جميع الايام »(٣٤٣) .

٤٨٥ـ الفروق بين قاضي المظالم وبين غيره من القضاة(٣٤٤)

هناك جملة فروق بين ناظر المظالم وبين غيره من قضاة المسلمين نوجزها فيما يلي :

أولا ــ أن لقاضي المظالم من فضل الهيبة وقوة السلطة ما ليس للقضاة الآخرين ، في كف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب .

ثانياً ــ ان نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب الى سعة الجواز فيكون الناظر فيه أفسح مجالا وأوسع مقالا .

ثالثاً ــ ان ناظر المظالم يستعمل شيئاً من الارهاب ويكشف الاسباب بالامارات الدالة وشواهد الاحوال فيصل به الى معرفة المحق ومعرفة المبطل ، مما يضيق ذلك على الحكام والقضاة اذ لا يستطيعون الاسترسال بالاستدلال ووسائل الكشف بالقدر الذي يستطيعه ناظر المظالم .

رابعاً ــ أن ناظر المظالم يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من ظهر عدوانه بالتقويم والتهذيب ، لمكانة ناظر المظالم ونفوذه وسلطانه مما لا يستطيع أن يفعل مثله القضاة الآخرون .

---

(٣٤٣) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٦٠ .

(٣٤٤) المرجع السابق ص٦٣ ــ ٤٦ ، والاحكام السلطانية للماوردي ص٧٩ ــ ٨٠ .

خامساً ـ أن لـه من التأني في ترداد الخصوم عنـد اشتباه أمورهم ليمعن في الكشف عن أسبابهم وأحوالهم ، ما ليس للحكام اذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم فلا يسوغ أن ؤيخره الحاكم ويسوغ أن يؤخره والي المظالم •

سادساً ـ أن لناظـر المظالم أن يرد الخصوم اذا أعضلوا الى وساطة الامناء لِفصلوا التنازع بينهما صلحاً عن تراضٍ ، وليس للقاضي ذلك الا عن رضا الخصمين بالرد •

سابعاً ـ يسـمع ناظـر المظالم مـن شهادات المستورين مـا يخرج عن عرف القضاة في شهادات المعدلين •

ثامناً ـ أنه يجوز لناظر المظالم تحليف الشهود عند ارتيابـه بهم اذا بذلوا ايمانهم طوعاً ويستكثر عددهم ليزول عنه الشك وينتفي عنه الارتياب وليس كذلك الحكام •

تاسعاً ـ يجوز لناظر المظالم أن يبتدىء باستدعاء الشهود ويسألهم عما عندهم من تنازع الخصوم ، وعادة الحكام والقضاة تكليف المدعي احضار بينته ولا يسمعونها الا بعد مسألته •

البَابُ السَّادِسُ

الحسبة

٤٨٦ـ تمهيد

الحسبة ، نظام خاص من أنظمة الاسلام ، يقوم على أساس مسؤولية المسلم عن ازالة المنكر وفعل المعروف ، وله شيء من خصائص القضاء وسلطته ، ولذلك فانه يمكن اعتباره ضمن نطاق نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، ومن جملة مرتكزات هذا النظام • فالحسبة ليست غريبة عن نظام القضاء ولا بعيدة عنه ، وانما هي كما قال الفقهاء عنها « واسطة بين أحكام القضاء وأحكام المظالم »(٣٤٥) •

٤٨٧ـ منهج البحث

نقسم هذا الباب الى فصلين (الاول) للتعريف بالحسبة وبيان أدلة مشروعيتها (والثاني) لبيان أركان الحسبة •

---

(٣٤٥) الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٣٢ •

الفَصْلُ الأَوَّلْ

تعريف الحسبة ودلائــل مشروعيتها

٤٨٨ـ تعريف الحسبة لغــة واصطلاحــا ٠

الحسبة في اللغة تدل على العدّ والحساب ٠ ويقــال احتسب بكذا اذا اكتفى بــه ، واحتسب على فلان الامــر اذا أنكره عليــه ، واحتسب الاجر على الله بمعنى ادخره لديه ٠ والحسبة من الاحتساب ، والاحتساب يستعمل في فعل ما يحتسب عند الله ٠

ومعناها في الاصطلاح الفقهي « أمر بالمعروف اذا ظهر تركه ، ونهي عن المنكر اذا ظهر فعله »[٣٤٦] ٠ ويقول عنها ابن خلدون : « هي وظيفة دينيــة من باب الامر بالمعروف والنهي عــن المنكر الذي هو فرض علــى القائم بأمور المسلمين ، يعين لذلك من يراه أهلا له ، فيتعين فرضه عليــه ويتخذ الاعوان على ذلك »[٣٤٧] ٠

٤٨٩ـ دليــل مشـروعيتها(٣٤٨)

دل على مشروعيتها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهــرة ، فكل آية وردت في موضوع الامر بالمعروف والنهي عن المنكر تعتبر من أدلة ، مشروعية الحسبة ، لأنهــا كما ذكرنا ، تقوم على أساس الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فمن هذه الآيات قولــه تعــالى : « ولتكن منكم أمــة

---

(٣٤٦) الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٣١، وابو يعلى الحنبلي ص٢٦٨٠
(٣٤٧) مقدمة ابن خلدون ص٢٢٥ ٠
(٣٤٨) مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٨ ص١٢٥ ـ ١٢٧ ، احياء علوم الدين للغزالي ج٢ ص٢٦٩ وما بعدها ٠

يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، وأولئك هـم المفلحون » . وقوله تعـالى : « والمؤمنون والمؤمنـات بعضهم أوليـاء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » . وقوله تعالى : « كنتم خير أمـة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عـن المنكر » . وقوله تعـالى : « الذين إنْ مكناهم في الارض أقامـوا الصـلاة وآتـوا الزكـاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » .

وفي السنة النبوية أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أي على مشروعية الحسبة ، فمن ذلك الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم : « من رأى منـكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الايمان »(٣٤٩) . وفي حديث آخر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فـلا يستجاب لهم »(٣٥٠) . وفي حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أفضل شهداء أمتي رجل قام الى امام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عـن المنكر فقتله على ذلك »(٣٥١) . وفي حديث آخر : « أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر »(٣٥٢) .

---

(٣٤٩) اخرجه الخمسة الا البخاري ، وهـذا لفظ مسـلم ، انظر تيسـير الوصول تاليف ابن الديبع الشيباني ج١ ص٣٣ .

(٣٥٠) رواه البزار ، انظر الجامع الصغـير للسـيوطي ج٢ ص٣٤٤ رقم الحـديث ٧٢٢٣ .

(٣٥١) رواه الغزالي في احيائه ، وقال عنه العراقي رواه الحسن البصري مرسلاً ، انظر الاحياء ج٢ ص٢٧٣ .

(٣٥٢) رواه الامام احمد ، انظر الجامع الصغير للسيوطي ج١ ص١٦١ رقم الحديث ١٣٤٦ .

٤٩٠ـ درجة مشروعيتها •

الحسبة ، من فروض الكفاية ، وفرض الكفاية اذا قام به البعض سقط وجوبه عن الآخرين لأن المطلوب وجوده في المجتمع بغض النظر عن القائم به ، وليس الغرض منه قيام كل فرد به • ولكن قد تصير الحسبة فرض عين اذا تعينت على شخص بعينه لعدم وجود من يقوم بها غيره • كما تصير واجبة على المسلم اذا عينه ولي الأمر محتسباً ، فيلزمه القيام بها وعدم التشاغل عنها •

الفصل الثاني

أركان الحسبة

٤٩١ـ تمهيد :

الحسبة تستلزم من يقوم بها وهذا هو المحتسب ، وتستلزم من تجري عليه وهذا هو المحتسب عليه ، وتستلزم ما تجري فيه الحسبة وهذا هو المحتسب فيه ، وما يقوم به المحتسب هو الذي يسميه الفقهاء الاحتساب فأركان الحسبة أربعة : المحتسب ، والمحتسب عليه ، والمحتسب فيه ، والاحتساب وسنتكلم عن كل واحد منها في مبحث على حدة .

المَبحَثُ الأوَّل

المحتسب

٤٩٢ـ المحتسب والمتطوع

المحتسب هو من يقوم بالاحتساب ، أي بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولكن شاع عند الفقهاء اطلاق هذا الاسم ـ المحتسب ـ على من يعينه ولي الامر للقيام بالحسبة • وأطلقوا عليه أيضاً اسم « والي الحسبة » • أما من يقوم بالحسبة من دون تعيين ولا تكليف من ولي الامر ، فقد أطلق عليه الفقهاء اسم « المتطوع » ثم بينوا الفرق بينهما ، كما سنذكره فيما بعد •

٤٩٣ـ ولاية المحتسب والمتطوع

الحسبة ، أمر بمعروف ، ونهي عن منكر ، وهي مما طلبته الشريعة الاسلامية من المكلفين ، وعلى هذا ، فان المحتسب والمتطوع يستمد كلاهما الولاية على القيام بأمور الحسبة من الشرع الاسلامي ، لأن المسلم مكلف بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والقاعدة الشرعية هي : حيثما يوجد التكليف الشرعي توجد معه الولاية الشرعية للمكلف حتى يقوم بما كُلِّف به • الا أنه في حالة قيام ولي الامر بتنظيم أمور الحسبة في المجتمع ، حتى لا تكون الامور فوضى بدون ضوابط ، فان المعين للحسبة من قبل ولي الامر ، وهو المحتسب ، يملك ، عند ذلك ، من الولاية والصلاحية في أمور الحسبة أكثر مما يملكه غيره من آحاد المسلمين ، فهو ، اذن ، أكثر صلاحية من المتطوع لأنه معين لها ، وقائم مقام ولي الامر في هذا العمل • ولكن مع هذا يبقى المحتسب كالمتطوع يستمد الولاية الشرعية على قيامه

بالحسبة من الشرع الاسلامي وكل الذي استزاده بالتعيين لها اتساع الصلاحية واستعمال قوة الدولة في عمله ، فولايته أكبر وصلاحيته أوسع من ولاية المتطوع مع فروق أخرى بينهما سنذكرها فيما بعد •

٤٩٤ـ الفروق بين المحتسب والمتطوع(٣٤٨)

أولا ـ الاحتساب على المحتسب صار واجباً عليه بحكم تعيينه من قبل ولي الامر ، أما وجوبه على غيره من المسلمين فهو من قبيل الفروض الكفائية ولهذا لا يجوز للمحتسب التشاغل عنه بعد أن تعين عليه بسبب تعيينه له ، لأنه عين لهذا الغرض واستؤجر عليه فلابد من التفرغ له والقيام به • أما المتطوع فانه مأمور به باعتباره واجباً كفائياً ، والواجب الكفائي اذا قام به البعض سقط عن الآخرين ، لأن المنظور اليه في الواجب الكفائي حصوله في الجماعة وليس حصوله من فرد بعينه •

ثانياً ـ أن المحتسب عين للاستعداء اليه وطلب العون منه عند الحاجة ، ومن ثم تلزمه اجابة من طلب ذلك منه بخلاف المتطوع فانه لم يعين لذلك •

ثالثاً ـ على المحتسب أن يبحث عن المنكرات الظاهرة حتى يتمكن من ازالتها ، ويبحث عما ترك من أمور المعروف الظاهرة حتى يأمر باقامتها ، أما المتطوع فلا يلزمه مثل هذا الشيء •

ثالثاً ـ للمحتسب أن يستعين على أداء مهمته بالاعوان بالقدر الذي يحتاجه منهم لأداء مهمته وليس للمتطوع ذلك •

---

(٣٤٨) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٢٦٨ ـ ٢٦٩ •
الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٣١ ـ ٢٣٢ •

رابعاً ـ للمحتسب أن يعزر على المنكرات الظاهرة ولا يتجاوزها الى اقامة الحدود ، وليس للمتطوع ذلك .

خامساً ـ للمحتسب أن يأخذ على عمله أجراً من بيت المال وليس للمتطوع ذلك .

سادساً ـ للمحتسب أن يجتهد في المسائل المبنية على العرف فيقر منها ما يراه صالحاً للاقرار غير مخالف للشرع ، وينكر منها ما يراه مستحقاً للانكار لمخالفته للشرع . وليس للمتطوع مثل هذا الاجتهاد .

٤٩٥ـ اوجه الاتفاق والاختلاف بين المحتسب والقاضي

أولا ـ يجوز الادعاء أمام المحتسب في حقوق الآدميين والطلب منه حسمها وايصال الحقوق المدعى بها في هذه الدعاوى الى أصحابها ، وهذه الدعاوى وهي قليلة جداً ثلاثة أنواع :

النوع الاول ـ تتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن .

النوع الثاني ـ تتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن .

النوع الثالث ـ تتعلق بمطل أو تأخير في دين مستحق الاداء مع القدرة على الوفاء . وانما جاز للمحتسب أن ينظر في هذه الدعاوى دون غيرها لأنها كما قالوا : « لتعلقها بمنكر ظاهر هو منصوب لازالته ، واختصاصها بمعروف بيِّن هو مندوب الى اقامته » . وللمحتسب في هذه الدعاوى أن يلزم المدعى عليه أداء الحق الذي وجب عليه الى مستحقه اذا ثبتت هذه الحقوق باقرار المدين بها مع قدرته على الوفاء ، لأن في تأخير الوفاء مع القدرة عليه منكر هو منصوب لازالته .

٤٩٦ – وهذه الدعاوى الثلاث التي يجوز للمحتسب رؤيتها ، يجوز أيضاً للقاضي رؤيتها لأنهـا داخلة في أعماله وصلاحيته ، وبهذا القـدر يتفق المحتسب والقاضي ، الا أنهما يختلفان بما يأتي :

أ – ليس للمحتسب سماع الدعاوى التي تخرج عن نطاق الدعاوى الثلاث التي ذكرناها ، بخـلاف القاضي حيث تمتـد ولايتـه الى سـماع الدعاوى الاخرى من غير الانواع الثلاثة .

ب – المحتسب ينظر في الحقوق المعترف بها كما أشرنا في الدعاوى الثلاث ، أما ما يدخله التجاحد والتناكر فلا ينظره المحتسب لأن الحـق لا يثبت عند ذلك الا ببينة من المدعي أو تحليف المدعى عليه المنكر اليمين فينكل عن الحلف ، وهـذا من عمل القاضي واختصاصه وليس من عمل المحتسب واختصاصه .

جـ – للمحتسب أن يأمر بما هو معروف في الشرع وينهي عما هـو منكر في الشرع وان لم يرتفع اليه في ذلك خصم ولم يتقدم اليـه أحـد بدعوى وليس للقاضي ذلك الا برفع دعوى ومطالبة خصم .

د – للمحتسب من ولاية السلطة وقوة الاعوان فيما يتعلق بالمنكرات الظاهرة ما ليس للقضاة لأن الحسبة ، كما يقول الفقهاء ، موضوعة على الرهبة فلا يجافيها الغلظة واتخاذ الاعوان ، أما القضاء فموضوع لانصـاف الناس واستماع البينات حتى يتبين المحق من المبطل ، فكان الملائم لـــه الاناة والوقار والبعد عن الخشونة والغلظة والرهبة .

هـ – للمحتسب أن يأمر بمعروف وينهي عـن منكر لا يدخلان في وظائف القاضي كالامر بالصـلاة في أوقاتهـا ، والامر بصـلاة الجمعـة

والجماعات وينهي عن منكرات المساجد والاسواق ونحو ذلك مما لا تجري فيه أحكام القضاء ولا ينظر فيه القاضي(٣٤٩) .

٤٩٧ـ اوجه الاتفاق والاختلاف بين المحتسب وناظر المظالم(٣٥٠)

وقد ذكر الفقهاء أن بين المحتسب وناظر المظالم شبهاً وفرقاً ، أما الشبه فمن وجهين (الاول) أن موضوعهما مستقر على الرهبة المختصة بسلاطة السلطنة وقوة الصرامة (والثاني) جواز التعرض فيهما لاسباب المصالح والتطلع الى انكار العدوان الظاهر .

وأما الفرق بينهما فمن وجهين أيضاً (الاول) أن النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة ، والنظر في الحسبة موضوع لما رفه عنه القضاة ، ولذلك كانت رتبة المظالم أعلى ورتبة الحسبة أخفض (والثاني) يجوز لوالي المظالم أن يحكم ولا يجوز لوالي الحسبة أن يحكم(٣٥١) .

٤٩٨ـ شروط المحتسب(٣٥٢)

اشترط الفقهاء جملة شروط في المحتسب ، وهي في الحقيقة شروط مطلوبة في كل من يقوم بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولكن هذه الشروط توافرها في المحتسب ألزم وأكثر ضرورة .

٤٩٩ ـ أولا : أن يكون مكلفاً ، لأن غير المكلف لا يلزمه أمر ولا يجب عليه تكليف . والمكلف في اصطلاح الفقهاء هو البالغ العاقل . وهذا

---

(٣٤٩) مجموع الفتاوى لابن تيمية ج٢٨ ص٦٩ وما بعدها ، ابو يعلى ، المرجع السابق ، ص٢٦٨ ـ ٢٧١ ، الماوردي ، المرجع السابق ، ص٢٣٢ ـ ٢٣٣ .
(٣٥٠) الماوردي ، المرجع السابق ، ص٢٣٣ ، ابو يعلى ص٢٧٠ ـ٢٧١ .
(٣٥١) الماوردي ، المرجع السابق ، ص٢٣٣ ، ابو يعلى ص٢٧٠ ـ ٢٧١ .
(٣٥٢) احياء علوم الدين ج٢ ص٣٧٤ ـ ٢٨٤ .

في الحقيقة شرط وجوب الاحتساب على المسلم ، أما امكان الحسبة وجوازها فلا يستلزم الا العقل حتى أن الصبي المميز وان لم يكن مكلفاً ولكن له انكار المنكر وليس لأحد منعه من ذلك ، لأن احتسابه من القربات وهو من أهلها كالصلاة التي له أن يقيمها ، وليس حكم احتسابه حكم الولايات حتى يشترط له التكليف • وعلى هذا لو عين ولي الامر صبيا مميزاً لوظيفة الاحتساب ، وقام هذا الصبي بها ، فان احتسابه مقبول وليس لأحدٍ منعه منه أو الاعتراض عليه •

٥٠٠ ـ ثانياً : أن يكون مسلماً وهذا شرط واضح ومفهوم ، لأن في الحسبة نصرة للدين فلا يكون من أهل النصرة له من هو جاحد لأصل الدين •

٥٠١ ـ ثالثاً : أن يكون مأذوناً له بالاحتساب من الامام أو نائبه ، وهذا الشرط محل نظر ، ذلك أن المحتسب اذا عينه ولي الامر لوظيفة الاحتساب ، فهذا التعيين ينطوي على الاذن والسماح له بالقيام بأمور الحسبة والاحتساب ، أما اذا لم يعينه الامام ، وأراد المسلم نفسه القيام بأمور الحسبة ، وهو الذي سماه الفقهاء « المتطوع » فان هذا الشرط ـ شرط اذن الامام ـ ليس مطلوباً في كل نوع من أنواع الاحتساب اذ لا دليل على ذلك ، بل أن الادلة تدفعه ، لأن على كل مسلم أن يقوم بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر اذا كان قادراً عليه دون حاجة الى اذن الامام ، ويؤيد ذلك أن السلف الصالح كانوا يقومون بالحسبة دون استئذان أو اذن من الامام ، بل أن الحسبة تجري حتى على الامام فكيف يحتاج القائم بها الى اذن منه للانكار عليه ؟

ولكن يمكن أن يقال أن على المتطوع استحصال الاذن من ولي الامر عند قيامه ببعض أنواع الحسبة التي تحتاج الى استعمال القوة واتخاذ

الاعوان والقيام بالتعزيرات البدنية كالضرب والجلد ، فهذا الشرط ـ شرط الاذن من الامام ـ في هذه الحالة له وجه مقبول لابتنائه على المصلحة ودفع الضرر ولمنع الفوضى في المجتمع بحجة الاحتساب •

٥٠٢ ـ رابعاً : العدالة ، وهذا شرط قال به بعض الفقهاء ولم يشترطه آخرون • ولكن مما لا شك فيه أن المحتسب كلما كان على قدر كبير من التدين والعدالة والورع والترفع عن الصغائر فضلا عن الكبائر وعن كل ما يقدح في المروءة ، مع تمسكه بالسنن النبوية في القول والعمل واللباس والهيئة والسيرة والاخلاق ، كلما كان ـ كما يقول الفقهاء ـ « أزيد في توقيره وأنقى للطعن في دينه »[٣٥٣] وبالتالي يكون احتسابه مؤثراً ومقبولا ولو جاء عن طريق القهر والقوة •

٥٠٣ـ العلم

ويشترط في المحتسب أن يكون عنده من العلم ما يعرف به المعروف فيأمر به ، والمنكر فينهى عنه ، حسب الموازين الشرعية ، ويدخل في حد العلم المشروط في المحتسب علم المحتسب في مواقع الحسبة وحدودها ومجاريها وموانعها ليقف عند حدود الشرع فلا يتجاوزها فيفسد أكثر مما يصلح فيفوت المقصود من الحسبة • وقال الفقيه الشيزري يجب أن يكون المحتسب فقيهاً عارفاً بأحكام الشرع ليعلم ما يأمر به وينهى عنه فان الحسن ما حسّنه الشرع والقبيح ما قبّحه الشرع ولا مدخل للعقول في معرفة المعروف والمنكر الا بكتاب الله عز وجل وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم[٣٥٤] •

---

(٣٥٣) الشيزرى ، نهاية الرتبة في طلب الحسبة ، ص٨ •
(٣٥٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٨ ص١٣٥ ـ ١٣٦ ، الشيزرى ، ص٦

ولكـن هـل يشترط في المحتسب أن يكـون مجتهـداً ؟ الجـواب بالايجاب اذا قلنا ان للمحتسب أن يحمل الناس على رأيه في الامور الاجتهادية المختلفة ، أما اذا قلنا ليس للمحتسب ذلك وان الاجتهاد ليس شرطاً لــه وانما يكفي أن يكون عالماً بالمنكرات التي لا اختلاف فيها حتى ينهى عنهـا وعالماً بالمعروف الذي لا خلاف في كونه معروفاً حتى يأمر به •

٥٠٤ ـ ولكن هـل يشترط في المحتسب أن يكون عارفـاً بالصنـائع الدنيوية والمهن والحرف التي يباشرها الناس ؟ أن المحتسب يراقب هـذه المهن والحرف ولا يمكنه أن يتأكد من خلوصها مـن الغش والاحتيـال الا اذا كان عارفاً أو على قدر من المعرفة الضرورية بهذه الصنائع والحرف والمهن ، وبدون ذلك قد يصعب عليه الاحتساب في هذه الحرف اذا كان جاهلا بها لا سيما وأن بعض الفقهاء ذهب الى حـد القـول بأن المحتسب يمتحن بعض أصحاب المهن العلمية مثل الكحال ـ طبيب العيون ـ ليتأكد من صلاحيته لهذه المهنة • قال الفقيـه الشيزري عبدالرحمن بن نصـر : « وأما الكحالون فيمتحنهم المحتسب فمن وجده ممن امتحنه عارفاً بتشريح عدد طبقات العـين ••• وكان خبيراً بتركيب الاكحـال وأمزجة العقاقير أذن له المحتسب بالتصدي لمداواة أعين الناس »[٣٥٥] •

٥٠٥ ـ والواقع أن تكليف المحتسب بمعرفة هذه الصنائع أو اعتبار المعرفة بها شرطاً لتعيينه محتسباً هو من قبيل اشتراط ما ينـدر تحققـه ، والبديل عن هذا الشرط هو تمكين المحتسب من اتخاذ الاعوان الاكفـاء الخبيرين بالصنائع ، فيسألهم عنها وعن أصحابها ، وهـم يخبرونه عنهـا وعن أصحابها وفي ضوء هـذا الاخبار وذلك السؤال يستطيع المحتسب أن

---

(٣٥٥) الشيزري ، المرجع السابق ، ص١٠٠ •

يقوم بواجب الاحتساب في المهن والحرف وأصحابها عن علم ومعرفة بها ، وقد أشار الى هذا الاسلوب الفقيه الشيزري حيث قال : « يجوز للمحتسب أن يجعل لأهل كل صنعة عريفاً من صالح أهلها ، خبيراً بصناعتهم بصيراً بغشوشهم وتدليساتهم مشهوراً بالثقة والامانة ، يكون مشرفاً على أحوالهم ويطالعه بأخبارهم »(٣٥٦) .

٥٠٦ – كما يجوز اتباع طرق أخرى غير التي ذكرها الفقيه الشيزري على النحو التالي :

أ – تعيين محتسبين متعددين بعدد المهن والحرف وأن يكون كل محتسب عارفاً بالحرفة المكلف بالاحتساب فيها مع توافر الشروط الاخرى في المحتسب ، فيكون مثلا لمهنة التجارة محتسب عارف بالتجارة ، وللحدادة محتسب عارف بالحدادة وهكذا . وكذلك في المهن الفنية والعلمية كالطبابة والصيدلة ونحوهما فيكون المحتسب طبيباً أو صيدلانياً بالاضافة الى توافر الشروط الاخرى في المحتسب .

ب – أو تعيين محتسب عام يساعده عدد من المحتسبين العارفين بالمهن التي ذكرناها في الفقرة (أ) ان وجدوا ، والا فيستعان بعدد كافٍ من الخبراء الامناء الثقاة أصحاب معرفة ودراية بالصنائع والمهن المختلفة يرجع اليهم المحتسب العام في معرفة توافر الشروط المطلوبة في أصحاب هذه المهن ، وأنهم يقومون بها على الوجه الصحيح السليم ، وفي ضوء ما يشيرون به عليه يكون احتسابه في هذه المهن وأصحابها . أن قيام هؤلاء الخبراء بتقديم خبرتهم الى المحتسب يكون عن طريق تكليف ولي الامر لهم مع تخصيص مكافآت شهرية لهم .

(٣٥٦) الشيزري ، المرجع السابق ، ص١٢ .

٥٠٧ـ سادساً ـ القـدرة

ويشترط في المحتسب أن يكون قادراً على الاحتساب باليد واللسان والا وقف عند الانكار القلبي ٠ فيشترط في المحتسب ، أن يكون صحيح الجسم والاعضاء ، سميعاً بصيراً ، متكلماً ، حتى يستطيع أن يقوم بوظيفة الاحتساب ٠ أما القدرة فيما وراء ذلك ، فهي ، عادة متحققة فيمن يعينه ولي الامـر لأن المحتسب عندما يقوم باحتسابه ووظيفته ، فان الدولـة تسنده ، والدولة أقوى من كل فرد أو مجموعة أفراد ٠ ولكن لو قـدر أن المحتسب وجد نفسه وحيداً بعيداً عن الاستعانة بقوة الدولة وسلطاتها ، فعليه في هذه الحالة أن يتصرف في ضوء مـا عنده من قوة وقـدرة ، فان رأى نفسه عاجزاً عن تنفيذ احتسابه باليد انتقل الى القول ، واذا رأى أن القول لا يفيد ، بل ربما أضره سكت وانتقل الى الانكار القلبي ٠ هـذا بالنسبة الى المحتسب الذي تعينه الدولة ، أما المتطوع ، فهو في حاجـة دائماً الى فحص قوته وقدرته ، وبقدر قوته وقدرته يقوم باحتسابه باليـد أو باللسان أو بالقلب ، لأن الله لا يكلف نفساً الا وسعها ولأن القاعـدة العامة الثابتة هي قوله تعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم » ٠

٥٠٨ـ آداب المحتسب(٣٥٧)

ذكر الفقهاء جملة من الآداب التي يجب على المحتسب التحلي بها حتى ينجح في عمله ويؤدي واجبـه على الوجـه المرضي المقبول ، فمن هذه الآداب :

أ ـ على المحتسب أن يقصد باحتسابه وجه الله ومرضاته ولا يقصـد باحتسابه السمعة والجاه والمنزلة عند الناس ٠ والواقع أن المسلم مطلوب

(٣٥٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٨ ص١٣٦ ـ ١٣٨ ، احياء علوم الدين ج٢ ص٢٩٢ ـ ٢٩٤ ، الشيزري ص٧ ـ ١٠ ٠

منه اخلاص النية في جميع أعماله وأحواله ، والله تعالى لا يقبل من المسلم الا ما كان مشروعاً وخالصاً لوجهه . والمحتسب بقدر اخلاصه يظفر بعون الله تعالى وتأييده ، ويقبل الناس ، عادة ، احتسابه .

ب ـ وعلى المحتسب أن يلزم نفسه بالصبر والحلم بالاضافة الى بقية الاخلاق الحسنة ، لأن الغالب ، أن من يقوم بواجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر يلحقه الاذى من الناس ، فان لم يكن حليماً صبوراً كان ما يفسده أكثر مما يصلحه ، ولهذا فقد أخبرنا الله تعالى بأن لقمان أوصى ابنه بالصبر على ما يصيبه بسبب أمره بالمعروف والنهي عن المنكر . قال تعالى : « وأمرْ بالمعروف وانهَ عن المنكر واصبر على ما أصابك إنّ ذلك من عزم الأمور » .

جـ ـ وعلى المحتسب أن يكون رفيقاً في أمره ونهيه بعيداً عن الغلظة والفضاضة ، جاء في الحديث الشريف « ان الله رفيق يحب الرفق في الامر كله » وقال تعالى : « ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك » . وقال تعالى موصياً نبيه موسى وأخاه هارون اذ أرسلهما الى فرعون « فقولا له قولا ليناً لعله يتذكر أو يخشى » .

د ـ وعلى المحتسب أن يقلل علاقاته مع الناس حتى لا يكثر خوفه من انقطاعها ، وأن يقطع طمعه من الخلائق حتى لا ينحدر الى مهاوي الملق والمداهنة ، وأن لا يقبل هداياهم ، فضلا عن رشاواهم التي هي سحت وحرام ، وأن يلزم أتباعه وأعوانه بما التزمه هو من أخلاق وآداب . واذا علم أن أحداً من أعوانه وأتباعه خرج على هذا النهج السديد عزله وأبعده عنه « حتى تنتفي عن المحتسب الظنون وتنجلي عنه الشبهات » كما قال فقهاؤنا رحمهم الله تعالى .

المبحث الثاني

المحتسب عليه(٣٥٨)

٥٠٩ـ من هو المحتسب عليه ؟

المحتسب عليه هو كل انسان يباشر أي فعل يجوز أو يجب فيه الاحتساب ، ويسمى المحتسب عليه أو المحتسب معه .

ويشترط في المحتسب عليه أن يكون بصفة يصير الفعل الممنوع منه في حقه منكراً وان لم يكن معصية يحاسب عليها ديانة . وعلى هذا لا يشترط فيه أن يكون عاقلا بالغاً ، فالمجنون مثلا اذا صدر منه ما يدل على ارادته وقصده الزنا وجب الاحتساب عليه ، والصبي المميز أو غير المميز اذا شرب أحدهما الخمر أو أراد شربها وهمّ بذلك وجب الاحتساب عليه وحيل بينه وبينها ، وان كان فعل المجنون والصبي لا يعتبران من المعاصي التي يحاسب عليها ديانة .

٥١٠ـ اصناف المحتسب عليهم

قلنا ان المحتسب عليه هو كل انسان يباشر فعلا يجوز أو يجب فيه الاحتساب ، وعلى هذا فان كل فرد في المجتمع بلا استثناء يمكن أن يكون محتسباً عليه اذا صدر منه ما تجري فيه الحسبة . الا أن هناك بعض الاصناف في المجتمع التي يمكن أن يرد التساؤل بشأنها بالنسبة لجريان الاحتساب عليهم ، وكيفية هذا الاحتساب ، فمن هذه الاصناف :

---

(٣٥٨) احياء علوم الدين للامام الغزالي ج٢ ص٢٨٧ ـ ٢٨٨ .

٥١١ ـ اولا ـ الاقـارب

والاقارب ، لا سيما الاب والام ، اذا صدر من أحدهما مـا يجري فيه الاحتساب ، فعلى الولد المحتسب في اجرائه الاحتساب على والـده أو امه ان يقف عند بيان الحكم الشرعي والموعظة الحسنة والتخويف مـن الله تعـالى ، ولا يتجاوز ذلـك الى الوسـائل الاخـرى كالكلام الغليظ ، والضرب ، رعاية لحق الابوة والامومة ودون تفريط بواجب الاحتساب . وهكذا الامر مع بقية الاقارب من جهة ملاحظة ورعاية القرابة ولكن دون رعاية قرابة الابوين .

٥١٢ـ ثانيا ـ القضاة واعوانهم

قال الفقهاء ، وينبغي للمحتسب أن يتردد الى مجالس القضاة والحكام ومتى رأى رجلا يسـفه في مجلس القضـاء أو يخرج عن حدود الادب ونظام المجلس أو يطعن على القاضي في كلمة ، أو لا ينقـاد الى حكمـه عزره المحتسب على ذلك . وكذلك اذا رأى المحتسب أن القاضي قــد استشاط على رجل غضباً أو شتمه أو احتد عليه في كلامه ، ردعه المحتسب على ذلك ووعظه وخوفه بالله ، فان القاضي لا يجوز له أن يحكم وهــو غضبان ولا يقول هجراً ولا يكون فظـاً غليظـاً . وكذلك يكون أعوان القاضي الذين بين يديه في عدم الغضب ، أو في عدم شتم الآخرين(٣٥٩). وكذلك اذا لم يجلس القاضي للقضاء بدون عذر وقـد حضـر الخصـوم فللمحتسب أن يدعـوه لذلك أو يخبر الخصوم بعدم انعقـاد المحكمــة لينصرفوا(٣٦٠) .

---

(٣٥٩) الشيزري ، المرجع السابق ص١١٤ ـ ١١٥ .

(٣٦٠) الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٤٧ ـ ٢٤٨ .

٥١٣ـ ثالثا ـ الامراء ورجال السلطة التنفيذية

ويقصد المحتسب مجالس الامراء والولاة ورجال السلطة التنفيذية ، ويأمرهم وينهاهم ويعظهم ويذكرهم في ضوء ما يراه منهم من تقصير في واجبهم أو في منكر يصدر منهم • ويدعوهم الى الشفقة على الرعية والاحسان اليهم • وليكن المحتسب في قوله وفي ردعهم عن الظلم لطيفاً لين القول ، يلاحظ منزلة الحكم والسلطان التي يمكن أن تحمل صاحبها على رفض قولهم وعلى العزة بالاثم ولا سبيل الى منع هذا المحذور الا بالموعظة الحسنة والقول اللطيف ، ولكن بشرط ايضاح الحق وعدم المداهنة فيه مطلقاً ، وقد أمر الله تعالى موسى وهارون عليهما السلام حين أرسلهما الى فرعون « فقولا له قولا ليناً لعله يتذكر أو يخشى » ومن المعلوم أن موسى عليه السلام قال لفرعون ما أمره الله به من لزوم الايمان بالله وعبادته وحده ، فالموعظة الحسنة واللين في القول ونحو ذلك لا يتنافى مع الصراحة في الحق والوضوح الكامل فيه(٣٦١) •

٥١٤ـ رابعا ـ اصحاب المهن المختلفة

ويجري الاحتساب على جميع أصحاب المهن والحرف المختلفة بلا استثناء لأن للشريعة الاسلامية حكمها في هذه الحرف وفي كيفية مباشرتها من قبل أربابها وفي كيفية مباشرتهم لهذه المهن والصنائع حتى يتأكد المحتسب من أنهم يباشرون أعمالهم على نحو مرضي سليم لا يلحق أي ضرر بالناس وقد بلغ فقهاؤنا رحمهم الله تعالى من دقة الملاحظة بمختلف الصنائع والمهن ، وكيفية مباشرتها على الوجه الصحيح مبلغاً عظيماً جداً مما يسهل على المحتسب عمله ، لأنه باطلاعه على ما كتبه الفقهاء في مختلف المهن والصنائع يمكنه أن يعرف كيفية محاسبة أصحاب هذه المهن ومدى توافر الشروط المطلوبة في صحة عملهم•فمن ذلك ما ذكره

(٣٦١) الاحكام السلطانية ص١١٥ ـ ١١٦ •

الفقيه المشهور بابن الاخوة ، فقد قال رحمه الله تعالى : فصل في الحسبة على الفرانين والخبازين ، قال : « وينبغي أن يأمرهم المحتسب برفـــع سقائف أفرانهم ويجعل في ســقوفها منافس واســعة للدخان ويأمرهم بكنس بيت النار وغسل المعاجن وتنظيفها • ولا يعجن العجان بقدميه ولا بركبتيه ولا بمرفقيه لأن في ذلك مهانة للطعام وربما قطـر في العجين شيء مـن عرق أبطيه أو بدنه ولا يعجن الا وعليـه ملحفة ضيقة الكمَّين ويكون ملثَّـماً أيضاً لأنه ربما عطس أو تكلم فقطر شيء من بصاقه أو مخاطه في العجين ، ويشد على جبينه عصابة بيضاء لئلا يعرق فيقطر منه شيء ، ويحلق شعر ذراعيه لئلا يسقط منه شيء في العجين ••• ويلزمهم أنَ لا يخبزوه حتى يختمر فان الفطير يثقل في الميزان والمعدة •• ولا يخرجون الخبز من بيت النار حتى ينضج نضجاً جيداً من غير احتراق »(٣٦٢) •

٥١٥ـ خامسا ـ غير المسلمين

ويجري الاحتساب على غير المسلمين المقيمين في دار الاسلام ، مـن ذميين ومستأمنين ، فلا يسمح لهم باظهـار مـا فيـه طعن وتشهير بالاسلام وأهله أو استهزاء بدينهم الاسلام لأن ذلك يناقض النظام العام الاسلامي • ولا يقال ان هـذا المنـع يخالف قاعدة « نتركهم وما يدينون » لأن معنى هذه القاعدة ان لا نتعرض لهم في أمور عقيدتهم ولا في كيفية عبادتهم في معـابدهم ولا نكرههم على الاسلام ، ولا تعني أن نتركهم يعلنون في دار الاسلام ما يناقض الاسلام مثل شتم الاسلام وأهله ، أو اعلان الكفر بـه ورمي نبيـه صلى الله عليـه وسلم بالكذب ونحو ذلك فان هـــذه الامور لا تجوز في دار الاسلام ويمنعون منها •

(٣٦٢) كتاب معالم القربة في احكام الحسبة لابن الاخوة ، نقلاً عن كتاب الدولـة ونظـام الحسبة عنـد ابن تيميـة تأليف محمد المبـارك ص٩٠ ـ ٩١ ، وابن الاخوة هذا هو محمد بن محمد القرشي المتوفي سنة ٧٢٩هـ •

المبحث الثالث

المحتسب فيه

٥١٦ـ ما هو المحتسب فيه ؟

قلنا في تعريف الحسبة انها أمر بمعروف اذا ظهر تركه ، ونهي عن منكر اذا ظهر فعله ، وهذا هو موضوع الحسبة ، وهو المسمى « المحتسب فيه » أو « ما تجري فيه الحسبة » .

والمنكر ما نهت الشريعة عنه نهي تحريم أو كراهة ، أو كان مباحاً في أصله ولكن لاقترانه ببعض الاشياء أو لوقوعه في ظرف معين صار محظوراً لما يؤدي الى مفسدة وضرر . والمعروف ما أمرت به الشريعة الاسلامية أمر ايجاب أو ندب .

ولا يشترط في المنكر في موضوع الحسبة أن يكون معصية في حق فاعله يحاسب عليه ديانة وانما يكفي فيه أن يكون هذا الفعل منهياً عنه شرعاً ، فالمجنون مثلا ، اذا ظهر منه أنه يريد الزنا فانه يمنع منه ويحال بينه وبين الزنا وان كان الزنا في حقه لا يعتبر معصية يحاسب عليها ، لأن الزنا منكر بذاته ، فيمنع المجنون منه .

فالمنظور اليه في المنكر الذي يجري فيه الاحتساب أن يكون مما نهت عنه الشريعة بغض النظر عن فاعله ، أو كان في أصله مباحاً ولكن لاقترانه ببعض الاشياء جعله محظوراً سداً لذريعة الفساد ، مثل بيع السلاح في أيام الفتن ، أو بيع العنب لمن يصنعه خمراً .

٥١٧ـ اتساع موضوع الحسبة :

ومن هذا العرض يتبين لنا مدى اتساع موضوع الحسبة أو ما يجري

فيه الاحتساب لأنه يشمل المعروف والمنكر بالمعنى الذي بيناه .

وقد أشار الفقهاء الى هذه السمة التي يجري فيها الاحتساب ، فقال الفقيه المشهور باسم ابن الاخوة « والمحتسب من نصبه الامام أو نائبه لينظر في أحوال الرعية والكشف عن أمورهم ومصالحهم وبياعاتهم ومأكولاتهم ومشروبهم وملبوسهم ومساكنهم وطرقهم وأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر »(٣٦٢) .

وقال ابن خلدون وهو يتكلم عن المحتسب : « ويبحث عن المنكرات ويعزر ويؤدب على قدرها ، ويحمل الناس على المصالح العامة مثل المنع من المضايقة في الطرقات ومنع الحمالين وأهل السفن من الاكثار في الحمل ، والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وازالة ما يتوقع من ضررها على السابلة والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها في الابلاغ في ضربهم للصبيان المتعلمين »(٣٦٣) .

وقال الامام ابن تيمية رحمه الله تعالى : « فأما الغش والتدليس في الديانات ، فمثل البدع المخالفة للكتاب والسنة واجماع سلف الامة من الاقوال والافعال مثل اظهار المكاء والتصدية في مساجد المسلمين ومثل سب جمهور الصحابة وجمهور المسلمين أو سب أئمة المسلمين ومشايخهم وولاة أمورهم المشهورين عند عموم الامة بالخير ، ومثل التكذيب بأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم التي تلقاها أهل العلم بالقبول ، ومثل رواية الاحاديث الموضوعة المفتراة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومثل الغلو في الدين بأن ينزل البشر منزلة الاله ، ومثل تجويز الخروج عن شريعة النبي صلى الله عليه وسلم ... وأما المحتسب فعليه أن يعزر من

---

(٣٦٣) نقلاً عن كتاب الحسبة للاستاذ عبدالرزاق الحصّان ص٢٨ .

أظهر ذلك قولا أو فعلا »[٣٦٤] .

٥١٨ـ امثلة على سعة المحتسب فيه

اولا ـ في امور العقيدة

من أظهر عقيدة باطلة ، أو أظهر ما يناقض ما عرف من الدين بالضرورة من أمور الايمان ومعاني الاسلام ، أو ما كان يخالف النصوص الصريحة القطعية الثبوت والدلالة والتي لا تحتمل تأويله الباطل الذي يدعو اليه المبطل أو يدعيه ، أو ابتدع بدعة في الدين مزقت الاجماع أو خالفت النصوص الصريحة ، وجب على المحتسب الانكار على مظهر ذلك والداعي اليه وتحذير الناس منه ولزوم تأديبه وردعه فان لم يرتدع رفع أمره الى ولي الامر أو الى قاضي المسلمين لمعاقبته . ويدخل في أمور العقيدة تفسير الملاحدة والباطنية لآيات القرآن بما لا تحتمله مطلقاً[٣٦٥] .

٥١٩ـ ثانيا ـ العبادات

مثل ترك صلاة الجمعة من قبل أهل قرية أو بلد مع توافر شروط إقامتها فيأمرهم المحتسب باقامتها وعدم تركها . ومثل ترك الأذان أو الزيادة فيه بما لم يأت به الشرع ، ومثل المخالفة لهيأات العبادات الثابتة شرعاً مثل الجهر في صلاة الاسرار ، والاسرار في صلاة الجهر ، أو الزيادة في الصلاة ، وعدم الطمأنينة بها على وجه يخل بصحتها ، وكالافطار في رمضان علناً . فعلى المحتسب أن يجري الاحتساب فيما ذكرناه أمراً أو نهياً[٣٦٥] .

٥٢٠ ـ ومما يتصل بالعبادات ، قال الفقهاء ينبغي للمحتسب أن

---

(٣٦٤) مقدمة ابن خلدون ص٢٢٥ .

(٣٦٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٨ ص١٠٥ ـ ١٠٦ .

يمتحن المؤذنين بمعرفة أوقات الصلوات ، فمن لم يعرف ذلك منعه من الاذان حتى يعرفها[٣٦٦] .

وقالوا أيضاً ويشرف المحتسب على الجوامع والمساجد ، وهي محلات عبادة المسلمين ، ويأمر خدمتها بتنظيفها ومنع اتخاذها محلا للبيع والشراء أو عمل صناعات[٣٦٧] .

٥٢١ ـ وينهي المحتسب عن قراءة القرآن الكريم في الطرف والدروب والاسواق وأبواب المساجد كوسيلة لسؤال الناس الصدقة ، فقد نهت الشريعة الاسلامية عن ذلك ، وما نزل القرآن الكريم للتكسب بـه بهذه الكيفية[٣٦٨] .

٥٢٢ـ ثالثا ـ المعاملات

مثل العقود المحرمة ، والقمار ، وغش المبيعات وتدليس الاثمان ، والبيوع والأشرية الفاسدة التي منعت منها الشريعة الاسلامية ولو رضي بها المتعاقدان ، فاذا كان النهي الشرعي عنها محل اتفاق بين الفقهاء وجب على والي الحسبة المنعمنها والزجر عليها ، وكذلك يفعل اذا كان الخلاف في تحريمها ومنعها ضعيفاً أو لا دليل عليه مثل نكاح المتعة . وكذلك يمنع المحتسب تصرية المواشي لتبدو كثيرة الدر واللبن فان هذا منهي عنه ونوع من التدليس . ويمنع المحتسب من التطفيف والبخس في المكاييل والموازين ، ويجوز له اذا استراب بموازين السوقة ومكاييلهم أن يختبرها ويعايرها وأن يضع عليها علامة معروفة لا يتعامل العامة الا بها . وللمحتسب أن يقوم باختيار الدلالين في السوق فيقر منهم الامناء ويمنع الخونة ، دفعاً للاضرار عن الناس[٣٦٩] .

---

(٣٦٦) الاحكام السلطانية ـ لابى يعلى ص٢٧٧ .
(٣٦٧) الاحكام السلطانية لابى يعلى الحنبلي ص٢٧١ ـ ٢٧٢ ، ٢٧٦ .
(٣٦٨،٣٦٩) الشيزري ، المرجع السابق ص١١٠ـ١١ .

٥٢٣ـ رابعا ـ ما يتعلق بالطرق

ومن منكرات الطرق ، التي تجري فيها الحسبة ، بنـاء الدكات في الطرق ووضع الاخشاب فيها ، أو وضع السلع والاطعمة على أرصفـة الطرق وذبح الحيوانات عليها وتلويث ارض الطريق أو رصيفه بدمـاء الذبائح وما في أحشائها من أقذار ، وطرح القمامة في الدروب والازقـة والطرقات والقاء قشور الفواكه مثل قشور البطيخ والموز ونحو ذلك مما قد يؤدي بالسائرين الى الانزلاق والسقوط ، ومثل رمي المياه القذرة في الطريق ، أو ربط الحيوانات فيه ونحو ذلك مما فيـه ضرر على الناس ، لأنّ الشريعة الاسلامية تنهى عن كل ضرر واضرار بالناس وتمنع من بقاء الضرر وتأمر برفعه وازالته ولو كان قديمـاً لأن الضرر لا يكون قديمـاً وعلى المحتسب ملاحظة ذلك والزجر عنه وازالته بعد وقوعه(٣٧٠) .

٥٢٤ـ خامساً ـ ما يتعلق بالحرف والصناعات

وقد ذكر الفقهاء ، وهم يتكلمون عن الحسبة ، جميع الحرف والمهن والصناعات التي كانت موجودة في زمانهم ، وبينوا كيفية الاحتساب فيهـا اذا لم تتوفر فيها الشروط المطلوبة التي ذكروها وبينوها أيضاً في كـل حرفة وصنعة ، ويمكن تلخيص أقوالهم واستخلاص الضوابط في كـل صنعة مما قالوه على النحو التالي :

أ ـ من حيث المكان

يجب أن يكون مكان الحرفة أو الصناعة ملائماً ومناسباً ولا ضـرر فيه على الناس ، فلا يجوز أن يكون دكان الحـداد في سـوق الاقمشـة مثلا ، ولا محل السمكري بين البيوت والدور المسكونة فان هذا يؤذيهم .

---

(٣٧٠) الشيزري ، المرجع السابق ، ص١١ـ١٢ .

وأن يكون المكان فسيحاً ونظيفاً وتتوفر فيه كافة الشروط الصحية المطلوبة وهذا يختلف باختلاف نوع الحرفة ونوع الصناعة .

ب ـ من حيث ادوات الحرفة

وقد نص الفقهاء على أن أدوات كل حرفة يجب أن تكون صالحة لها وبحالة جيدة وتؤدي المقصود منها ودون اضرار بالناس . وقد برع فقهاؤنا رحمهم الله تعالى في بيان مقاييس جودة هذه الادوات وصلاحيتها حتى كأنهم أرباب هذه الصنائع ومحترفوها ، ونذكر على سبيل المثال ما ذكره الفقيه الشيزري في مقلاة الزلابية ، قال : « ينبغي أن يكون مقلى الزلابية من النحاس الاحمر الجيد ـ ثم بين الفقيه الشيزري كيفية اعداده ، فقال رحمه الله : فيحرق فيه النخالة ثم يدلكه بورق السلق اذا برد ثم يعاد الى النار ويجعل فيه قليل من عسل ويوقد عليه حتى يحترق العسل ثم يجلى بعد ذلك بمدقوق الخزف ثم يغسل ويستعمل فانه ينقى من وسخه وزنجاره »[٣٧١] .

ج ـ من حيث المصنوع والمبيع

فيجب أن يكون خالياً من الغش والتدليس ، فلا تخلط الحنطة بالتراب ، ولا الطحين بغيره من المواد الغريبة ، وأن توضع العلامات المميزة لكل صنف أو نوع اذا اتحد الجنس ، فينقط لحم المعز مثلا ـ كما قال الفقهاء ـ بنقط الزعفران حتى يعرف ويميز من لحم الضأن وأن تبقى أذناب المعز معلقة على لحومها الى آخر البيع[٣٧٢] . والواقع أن الغش حرام وممنوع في جميع البياعات والمصنوعات وعلى المحتسب

---

(٣٧١) الشيزري ، المرجع السابق ، ص٢٥ .
(٣٧٢) الشيزري ، المرجع السابق ، ص٢٨ .

ملاحظة ... والانكار عليه . وفي الحديث الشريف « من غش فليس منا »[٣٧٣] .

٥٢٥ـ سادساً ـ ما يتعلق بالاخلاق والآداب

ويجري الاحتساب فيما له علاقة بمقتضيات الاخلاق والآداب والفضيلة ، فيمنع المحتسب مما يناقض ذلك ، مثل الخلوة بالاجنبية في الطرقات والمنعطفات اذا ارتاب وقامت القرائن على الريبة ، ومثل التطلع على الجيران من السطوح والنوافذ ، ومثل جلوس الرجال في طرقات النساء وأماكن خروجهن أو تجمعهن للتحرش بهن بالقول والنظر ، ومثل تكشف النساء في الطرقات باظهار العورات وما لا يحل كشفه شرعاً . وللمحتسب أن يمنع من عرف من الرجال بالفجور من معاملة النساء ، قال الفقيه أبو يعلى الحنبلي : « واذا كان من أهل الاسواق من يختص بمعاملة النساء راعى المحتسب سيرته وأمانته فاذا تحقق منه آقره على معاملتهن ، وان ظهرت منه الريبة وبان عليه الفجور منعه من معاملتهن ، وأدبه على التعرض لهن »[٣٧٤] .

---

(٣٧٣) رواه الترمذي ، انظر الجامع الصغير للسيوطي ج٢ ص٥٤٠ ورقم الحديث ٨٨٧٩ .

(٣٧٤) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٢٩٠ .

المبحث الرابع

الاحتساب(٣٧٥)

٥٢٦ـ معنى الاحتساب

نريد بالاحتساب القيام فعلا بالحسبة كأن يأمر المحتسب شخصاً بعمل معين بكيفية معينة ، أو يزيل المحتسب بيده منكراً معيناً كأن يكسره أو يمزقه .

٥٢٧ـ ما يتم به الاحتساب

الاحتساب الكامل يتم بازالة المنكر تماماً ومحوه فعلا ولو بالقوة عند الاقتضاء ، واذا لم يستطع المحتسب ازالة المنكر فعلا بيده أو بأعوانه ، لأي سبب كان ، انتقل الى القول بأن يأمر صاحب المنكر بازالته بالامر الصريح أو بالتخويف من اصراره على المنكر أو بالوعظ الحسن والقول المؤثر ، فان عجز عن ذلك كما لو كان في قوله أذى له مع بقاء المنكر انتقل الى الانكار القلبي ، وهذا هو ما دلّ عليه الحديث الشريف والذي سبق وأن ذكرناه « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان » .

(٣٧٥) احياء علوم الدين للغزالي ج٢ ص٢٨٩ ـ ٢٩٢ .

الخاتمـــة

وبعد ، فهذا ما يسّره الله تعالى من أبحاث في نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، آملا أن أكون بهذا العمل البسيط قد قدمت خدمـة متواضعة الى الشريعة الاسلامية ، شريعة الله ، في بيان بعض معانيها وجوانبها ، فان كان ما ذكرته أو رجحته أو اقترحته صواباً فهـو محض فضل الله عليّ فله الحمد والمنة ، وان كان فيه خطأ أو زلل فهو من نفسي ، والله ورسوله بريئان منـه وأستغفر الله ، وهو حسبي ونعم الوكيل ، وصلى الله علـى سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم والحمد لله رب العالمين .

الفهارس

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الأعلام

فهرس المراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيـات

الصفحة	السورة	رقم الآية	الآيـة
٧١	النساء	٥٨	واذا حكمتم بين الناس أن تحكمـوا بالعدل
١٥٨ ، ١٨٤	النساء	١٣٥	يا أيها الذين آمنـوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم
١٦٥ ، ١٦٦	البقرة	٢٨٢	ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا
١٦٥ ١٧٢–١٧٤	البقرة	٢٨٢	ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه
١٦٥	البقرة	٢٨٢	ولا يضار كاتب ولا شهيد
١٧٣	البقرة	٢٨٢	واستشهدوا شهيدين من رجالكم
١٧٣	الطلاق	٢	واشهدوا ذوي عدل منكم
١٧٤	الزخرف	٨٦	الا من شهد بالحق وهم يعلمون
١٧٤	الاسراء	٣٦	ولا تقف مـا ليس لـك بـه علم ان السمع والبصـر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا
١٧٥	المائدة	١٠٦	يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الارض فاصابتكم مصيبة الموت
١٧٨	البقرة	٢٨٢	ممن ترضون من الشهداء

الصفحة	السورة	رقم الآية	الآيــة
١٨١	المائدة	٨	ولا يجرمنكم شنآن قـوم على أن لا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى
١٨٨–١٨٩، ١٩٠	البقرة	٢٨٢	يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .. الى قوله تعـالى : واستشهدوا شهيدين مـــن رجالكم فان لم يكونوا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء
١٩٧	الحج	٣٠	فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور
٢٢٠	يوسف	١٨	وجاءوا على قميصه بدم كـذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبـر جميل والله المستعان على ما تصفون
٢٢٠	يوسف	٢٥–٢٨	واستبقا البـاب وقدّت قميصه مـــن دُبُرٍ وألفيا سيدها لدى الباب قالت ما جزاء من أراد بأهلك سوءاً الا أن يسـجن أو عذاب أليم • قـال هـي راودتني عن نفسي وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قُدَّ من قُبُلٍ فصدقت وهو من الكاذبين • وإن كان قميصه قُدَّ من دُبُرٍ فكذبت وهو من الصادقين ، فلما رأى قميصه قُدَّ

الصفحة	السورة	رقم الآية	الآيــة
			من دُبُرٍ قال انه مـن كيدكن إنَّ كيدكن عظيم •
٢٤٥	محمد	٢	وآمنوا بما نُزِّل على محمد وهـو الحق من ربهم
٢٤٦ ، ٢٥٢	المائدة	٤٤	ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئـك هم الكافرون
٢٤٦	المائدة	٤٥	ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئـك هم الظالمون
٢٤٦	المائدة	٤٧	ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئـك هم الفاسقون
٢٥٢	المائدة	٤٨	فاحكم بينهم بما أنزل الله
٢٥٣	البقرة	٢٥٦	لا اكراه في الدين
٢٨٧	البقرة	٢٨٧	وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة
٢٩٢	النساء	٣٥	وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إنْ يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما
٣١٣-٣١٤	آل عمران	١٠٤	ولتكن منكم امـة يدعون الى الخـير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون

الصفحة	السورة	رقم الآية	الآيـة
٣١٤	التوبة	٧١	والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أوليـاء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عـن المنكر
٣١٤	آل عمران	١١٠	كنتم خير امة أُخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر
٣١٤	الحج	٤١	الذين اِن مكناهم في الارض آقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر
٣٢٨	التغابن	١٦	فاتقوا الله ما استطعتم
٣٢٩	لقمان	١٧	وامُر بالمعروف وأنهَ عـن المنكـر وأصبر على ما أصابك اِنّ ذلك من عزم الامور
٣٢٩	آل عمران	١٥٩	ولو كنت فظـاً غليظ القلب لانفضوا من حولك
٣٢٩	طه	٤٤	فقولا له قولاً ليّنـاً لعله يتذكر أو يخشى

فهرس الاحاديث

الصفحة	الحديث
	دخل عليها مسروراً تبرق أسارير وجهه ، وقال : ألم تري الى مجزز المدلجي نظر آنفاً الى زيد واسامة وقد غطّيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض .
٢٢٨	عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله امرأتي ولدت غلاماً أسود . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هل لك من ابل ؟ قال : نعم . قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر . قال : فهل فيها من أورق ؟ قال : نعم . قال : أنّى أتاها ذلك ؟ قال : لعلّ عرقاً نزع . قال صلى الله عليه وسلم : وهذا لعلّ عرقاً نزع .
٢٥٠	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل معاذاً الى اليمن قاضياً وقال له : كيف تقضي اذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله . قال : فان لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فان لم تجد بسنة رسول الله ولا في كتاب الله ؟ قال : أجتهد برأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله .
٢٦٢	انما أنا بشر وأنكم تختصمون اليّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجيته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما أقطع له قطعة من النار .
٢٧٢	لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين

الصفحة	الحديث
٢٨٥	عن الضحاك قال : كتب اليَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها
٢٩٢	ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي شريح : ان الله هو الحكم واليه الحكم ، فَلِمَ تكنَّى أبا الحكم ؟ قال : ان قومي اذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين . قال النبي صلى الله عليه وسلم : ما أحسن هذا . فما لك من الولد ؟ قال : لي شريح وعبد ومسلم . قال صلى الله عليه وسلم : من أكبرهم ؟ قال : شريح . قال صلى الله عليه وسلم : فأنت أبو شريح .
٣١٤ ، ٣٤٣	من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الايمان .
٣١٤	لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطنَّ الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم .
٣١٤	أفضل شهداء أمتي رجل قام الى امام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك .
٣١٤	أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر .
	ان الله رفيق يحب الرفق في الامر كله .
٣٤١	من غشَّ فليس منا

فهرس الاعــلام

فهرس المراجع

أولا ـ القرآن الكريم وتفسيره

١ ـ القرآن الكريم

٢ ـ تفسير الطبري ـ جامع البيان عن تأويل آي القرآن ـ للامام ابي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ ٠

٣ ـ تفسير القرطبي ـ الجامع لاحكام القرآن ـ لابي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي المتوفى سنة ٧٦١هـ ٠

٤ ـ التفسير الكبير ـ للامام الفخر الرازي ، ابي عبدالله محمد بن عمر بن حسين القرشي المتوفى سنة ٦٠٦هـ ٠

٥ ـ تفسير ابن كثير للامام اسماعيل بن كثير القرشي المتوفى سنة ٧٧٤هـ٠

٦ ـ روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني لابي الفضل شهاب الدين السيد محمود الآلوسي البغدادي المتوفى سنة ١٢٧٠هـ٠

٧ ـ تفسير المنار ـ للمرحوم محمد رشيد رضا ٠

٨ ـ بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروزبادي ٠

ثانيا ـ كتب الحديث وفقهه

٩ ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ ٠

١٠ـ التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح تاليف ابي العباس زين الدين احمد الشهير بالحسين بن المبارك ٠

١١- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان وضع محمد فؤاد عبدالباقي.

١٢- تحفة الاحوذي بشرح جامع الترمذي للامام الحافظ ابي العلى محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري .

١٣- عون المعبود شرح سنن ابي داود للعلامة ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي .

١٤- شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك .

١٥- النهاية في غريب الحديث والاثر للامام ابن الاثير المتوفى سنة ٦٠٦هـ.

١٦- فيض القدير شرح الجامع الصغير للعلامة المناوي .

١٧- سنن الدارمي للامام ابي محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي المتوفى سنة ٢٥٥ .

١٨- سنن النسائي تاليف الحافظ ابي عبدالرحمن بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣هـ .

١٩- الجامع الصغير من حديث البشير النذير للحافظ جلال‌الدين عبدالرحمن بن ابي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ .

٢٠- سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ .

٢١- نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار تاليف الشيخ الامام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ .

٢٢- تيسير الوصول الى جامع الاصول للامام عبدالرحمن بن علي المعروف بابن الديبع الشيباني الزبيدى المتوفى سنة ٩٤٤هـ .

٢٣ـ اقضية الرسول صلى الله عليه وسلم للشيخ عبدالله بن محمد ابي فرج المالكي القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ ٠

٢٤ـ السـنن الكبرى للبيهقي ، تاليف الامـام الحـافظ الفقيه ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي (نسبة الى بيهق وهي من قـرى نيسابور ٠) توفي سنة ٤٥٨هـ ٠

٢٥ـ الطبقات الكبرى تاليف محمد بن سعد ٠

ثالثـا ـ كتب الفقـه

أ ـ فقـه الحنفيـة

٢٦ـ المبسوط تاليف الامام شمس الأئمة ابي بكر محمد السرخسي ٠

٢٧ـ بدائع الصنـائع في ترتيب الشـرائع للامام علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧هـ ٠

٢٨ـ الهداية شرح بداية المبتدي ، كلاهما تاليف شيخ الاسلام برهانالدين علي بن ابي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ ٠

٢٩ـ شرح العناية على الهداية للامام أكملالدين محمد بن محمود البابرني المتوفى سنة ٧٨٦هـ ٠

٣٠ـ فتح القدير تاليف الشيخ كمالالدين المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٨٦١هـ ٠

٣١ـ الدر المختار شـرح تنوير الابصار تاليف الحصكفي المتوفى سـنة ١٠٨٨هـ ٠

٣٢ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار للشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ٠

٣٢ مكرر ـ واقعات المفتين تأليف قدري افندي ٠

٣٣ـ شرح ادب القاضي للخصاف تاليف برهان الائمة حسام الدين عمر ابن عبدالعزيز بن مازة المتوفى شهيداً سنة ٥٣٦هـ ٠

٣٤ـ روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة ابي القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني المتوفى سنة ٤٩٩هـ ٠

٣٥ـ الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند في القرن الحادي عشر للهجرة ٠

٣٦ـ الاشباه والنظائر على منهب ابي حنيفة النعمان تأليف زين العابدين ابن ابراهيم بن نجيم ٠

ب ـ فقه الشافعية

٣٧ـ كتاب الام لامام المذهب الشافعي محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ ٠

٣٨ـ المهذب للشيرازي وهو الامام ابو اسحاق ابراهيم بن علي المتوفى سنة ٤٧٦هـ ٠

٣٩ـ الاشباه والنظائر في الفروع تاليف جلال الدين السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ ٠

٤٠ـ مغني المحتاج الى معاني الفاظ المنهاج للشيخ محمد بن احمد الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧هـ ٠

٤١ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين بن شهاب الدين احمد الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ٠

٤٢- المجموع شرح المهذب تاليف العلامة محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ٠

٤٣- ادب القاضي تاليف ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي المتوفى سنة ٥٤٠هـ ٠

٤٤- الاحكام السلطانية والولايات الدينية تاليف ابي الحسن علي بن محمد الماوردي ٠

٤٥- قواعد الاحكام في مصالح الانام تاليف سلطان العلماء عز الدين ابن عبدالسلام المتوفى سنة ٦٦٠هـ ٠

٤٦- ادب القضاء تاليف شهاب الدين ابي اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن ابي الدم الحموي الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ ٠

٤٧- احياء علوم الدين للامام الغزالي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥هـ ٠

ج - فقه الحنابلة

٤٨- المغني تاليف الامام ابي محمد عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ ٠

٤٩- كشاف القناع عن متن الاقناع تاليف الشيخ منصور بن ادريس الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ٠

٥٠- شرح منتهى الارادات تاليف الشيخ منصور بن يونس البهوني ٠

١ - الاحكام السلطانية تاليف القاضي ابي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨هـ ٠

٥٢ـ القواعد في الفقه الاسلامي تاليف الحافظ ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ ٠

د ـ فقه المالكية

٥٣ـ الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل ٠ والمختصر تاليف الامام الجليل ابي الضياء سيدى خليل المتوفى سنة ٧٧٦هـ ٠
وصاحب الشرح هو ابو البركات سيدى احمد بن محمد الشهير بالدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ ٠

٥٤ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٠ والدسوقي هو شمس‌الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ ٠

٥٥ـ تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام تاليف الامام ابن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩هـ ٠

٥٦ـ مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدى خليل تاليف ابي عبدالله محمد المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ ٠

٥٧ـ التاج والاكليل لمختصر خليل تاليف ابي عبدالله الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ ٠

٥٨ـ الفروق تاليف الامام شهاب‌الدين ابي العباس احمد الشهير بالقرافي٠

هـ ـ المذاهب الاخرى

٥٩ـ كتاب المحلى في فقه الظاهرية تاليف الفقيه المشهور ابن حزم الظاهري المتوفى سنة ٤٦٠هـ ٠

٦٠ـ في فقه الزيدية ـ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير تأليف شرف‌الدين الحسين بن احمد السياغي الصنعاني المتوفى ١٢٢١هـ ٠

٦١ـ فقه الزيدية ـ شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار للامام عبدالله ابن ابي القاسم الشهير بابن مفتاح المتوفى سنة ٨٧٧هـ ٠

و ـ كتب الفقه العام والفقه المقارن

٦٢ـ اختلاف الفقهاء للامام ابي جعفر محمد بن جرير الطبرى ٠

٦٣ـ مجموع الفتاوى لشيخ الاسلام الامام ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ٠

٦٥ـ الاختيارات لشيخ الاسلام ابن تيمية ٠

٦٦ـ الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ٠

٦٧ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد للفقيه المشهور ابن رشد المتوفى سنة ٧٩٥هـ ٠

٦٨ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ٠

٦٩ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار تأليف الامام احمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ٠

٧٠ـ الزواجر عن الكبائر تأليف احمد بن حجر الهيتمي ٠

٧١ـ نهاية الرتبة في طلب الحسبة تأليف عبدالرحمن بن نصر الشيزري المتوفى سنة ٥٨٩هـ ٠

٧٢ـ معالم القربة في طلب الحسبة تأليف محمد بن محمد القرشي المشهور بابن الاخوة المتوفى سنة ٧٢٩هـ ٠

ز ـ كتب التاريخ

٧٣ـ البداية والنهاية تاليف الامام ابن كثير ٠

٧٤ـ مقدمة ابن خلدون تاليف عبدالرحمن بن محمد بن خلدون ٠

٧٥ـ تاريخ قضاة الاندلس للفقيه ابي الحسن النباهي المالقي الاندلسي ٠

ح ـ كتب اللغة

٧٦ـ لسان العرب تاليف ابن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ ٠

٧٧ـ الصحاح للجوهري تاليف اسماعيل بن حماد الجوهري ٠

٧٨ـ المعجم الوسيط تاليف جماعة من العلماء بمجمع اللغة العربية بمصر ٠

ط ـ الكتب الحديثة

٧٩ـ احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام تاليف الدكتور عبدالكريم زيدان ٠

٨٠ـ التراتيب الادارية تاليف الشيخ عبدالحي الكتاني ٠

٨١ـ ارشاد الامة الى احكام الحكم بين اهل الذمة تاليف الشيخ محمد بخيت المطيعي ٠

٨٢ـ الاصول القضائية في المرافعات الشرعية تاليف الشيخ علي قراعة ٠

٨٣ـ اصول استماع الدعوى الحقوقية تاليف الاستاذ علي حيدر افندي ٠

٨٤ـ الورد البسام في رياض الاحكام تاليف الشيخ عبدالعزيز بن الحاج ابراهيم الثميني ٠

٨٥ـ مقاصد الشريعة للشيخ محمد طاهر بن عاشور ٠

فهرس الموضوعات

الفقرات والمواضيع	الصفحة